

Rivista N°: 3/2017
DATA PUBBLICAZIONE: 26/09/2017

AUTORE: Gino Scaccia *

PROPORZIONALITÀ E BILANCIAMENTO TRA DIRITTI NELLA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI EUROPEE**

Sommario: 1. Prologo. La proporzionalità come concetto chiave del costituzionalismo globale. – 2. Il test di proporzionalità: profili generali. – 3. La proporzionalità nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. – 4. La proporzionalità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 5. Controllo di proporzionalità e bilanciamento in ambito nazionale ed europeo: analogie e differenze. - Conclusioni

1. Prologo. La proporzionalità come concetto chiave del costituzionalismo globale

Anche un'analisi poco approfondita della giurisprudenza delle Corti europee dei diritti mostra con assoluta evidenza l'importanza e la centralità assunte, nell'iter argomentativo delle pronunce, dal test o controllo di proporzionalità e dalla tecnica del bilanciamento, che della proporzionalità rappresenta una derivazione logica.

Proporzionalità e bilanciamento, letti in endiadi, sono del resto concetti chiave del costituzionalismo globale, frutti maturi della circolazione dei modelli giuridici e delle tecniche argomentative nel sistema multilivello di protezione dei diritti dell'uomo¹.

Nell'ambiente giuridico europeo continentale, la nozione di proporzionalità trova la prima embrionale formalizzazione normativa nello *Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten* del 1794, quale criterio generale di applicazione delle pene e delle mi-

* Ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico nell'Università di Teramo.

** Il testo rielabora e integra la relazione tenuta il 22 aprile 2016 presso l'Università Roma 3 al convegno "I diritti fondamentali e il diritto privato", i cui atti sono in corso di pubblicazione. Ringrazio i Professori Giorgio Resta e Andrea Zoppini per la cortese autorizzazione alla pubblicazione anche in questa sede.

¹ Lo aveva colto già T.A. Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in 96 *Yale Law Journal* (1987), pag. 943, che collegava all'affermarsi del *balancing* come modalità centrale di *legal reasoning* nel costituzionalismo lo stesso effetto di spiazzamento che la teoria della relatività aveva prodotto sulle scienze esatte; più recentemente, A. Stone Sweet – J. Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in 47 *Columbia Journal Transnational Law* (2008), pagg. 72 ss.

sure di polizia, che si traduceva nel divieto per le autorità pubbliche di impiegare strumenti limitativi della libertà individuale oltre quanto strettamente necessario alla realizzazione dell'interesse pubblico². Dopo un lungo affinamento ad opera della giurisprudenza amministrativa – che forgia il relativo schema di giudizio fin dal caso *Kreuzberg* del 1882 – e poi costituzionale, il test di proporzionalità è divenuto un modulo argomentativo ricorrente nella giurisprudenza della Corte di giustizia di Lussemburgo, della Corte EDU e di molte Corti costituzionali nazionali sparse ovunque nel mondo.

Le ragioni del successo planetario³ di questa vera e propria *Zauberformel* del diritto pubblico attuale, messa da parte la potente influenza del pensiero giuridico tedesco, sono molteplici. Mi limito a indicare le più evidenti:

i. l'idea di proporzione si accorda con la cultura dominante dei diritti umani come fondamento e insieme τέλος della comunità politica, e quindi con l'idea dell'interna, immanente misura e limitazione del potere rispetto al bene assiologicamente superiore della libertà⁴. L'hobbesiano *Voluntas, non ratio facit legem*, anche nella sua attualizzazione decisionista di marca schmittiana, non corrisponde più allo spirito del tempo. Nel costituzionalismo liberale contemporaneo il mero richiamo alla *Voluntas*, quand'anche democraticamente formata, resta privo di legittimazione morale se non è dotato di una giustificazione ragionevole. Il comando politico si impone e viene accettato come legittimo, guadagnando l'adesione dei consociati, solo se risulta provvisto di una misura minima di coerenza, adeguatezza, proporzione, ragionevolezza rispetto alla fattispecie regolata. La proporzionalità esprime un'esigenza di contenimento – e quindi opera come limite interno – rispetto a ogni potere, pubblico o privato, e al contempo concretizza l'idea che gli spazi individuali di libertà debbano essere preservati da interventi eccessivi o inutili, in relazione alla finalità perseguita. In questa generalissima accezione, essa trova applicazione in ogni ambito del diritto, il che spiega la sua fortuna. E in effetti, la proporzionalità: a) nel diritto costituzionale si pone come vincolo generale dell'attività legislativa intesa a comprimere diritti dei privati⁵ nonché come parametro di legitt-

² La prima compiuta formulazione scientifica della nozione si deve a G.H. Von Berg, *Handbuch des deutschen Polizeirechts*, Berlin, 1799, 88 ss. Per una ricostruzione del concetto nel diritto pubblico germanico si veda, per tutti, il classico lavoro di P. Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit*, Köln, 1961, nonché, se si vuole, G. Scaccia, *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, in *Annuario di diritto tedesco*, 2002, pag. 379 ss.

³ Segno tangibile di questa diffusione è segno il XXV volume dell'*Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XXV – 2009, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2010, che raccoglie dibattiti sulla proporzionalità di relatori provenienti letteralmente dai quattro angoli del Pianeta.

⁴ Questo fondamento implicito è alla base della posizione della Corte costituzionale italiana, secondo cui il «principio di proporzione [...] rappresenta una diretta espressione del generale canone di ragionevolezza (ex art. 3 Cost.)» sent. n. 220/1995. In altri casi il fondamento della proporzionalità è più facile da rintracciare. Esempio paradigmatico è l'art. 36, paragrafo 1, della Costituzione sudafricana nel quale viene codificato un test proporzionalità per la limitazione dei diritti, là dove si dispone: «I diritti garantiti nella presente Carta (Bill of rights) possono essere limitati esclusivamente da una legge generale ed unicamente nel caso in cui le limitazioni siano ragionevoli e giustificabili in una società aperta e democratica, fondata sulla dignità umana, sull'eguaglianza e sulla libertà, prendendo in considerazione tutti i fattori rilevanti, tra cui: a) la natura del diritto; b) l'importanza dello scopo della limitazione; c) la natura ed il grado di estensione della limitazione; d) il rapporto tra la limitazione ed il suo scopo; e) le modalità meno restrittive possibili per il raggiungimento di tale scopo».

⁵ Cfr. C. cost. sent. 1/1997, dove si legge «adeguatezza e proporzionalità (...) costituiscono vincoli generali dell'attività legislativa intesa a comprimere diritti dei privati».

timità della legislazione statale interferente su ambiti di autonomia regionale; b) nel diritto amministrativo propizia il rinnovamento della tradizionale dogmatica dei vizi dell'atto, spostando il focus sul rapporto amministrativo e riassorbendo le figure sintomatiche dell'eccesso di potere nel comprensivo canone della ragionevolezza dell'azione amministrativa; c) nel diritto privato concorre a definire i limiti esterni all'interpretazione della volontà contrattuale⁶ e fornisce una robusta base alla teorica dell'abuso del diritto, che muove dall'assunto che ogni posizione soggettiva di vantaggio, di là dai limiti esterni alla stessa espressamente posti, sia comunque internamente vincolata a un'idea di proporzione, negando la quale si realizza – appunto – l'esercizio abusivo; d) nel diritto internazionale è misura della legalità del ricorso alla forza, con riguardo sia al potere degli Stati di muovere guerra (*jus ad bellum*), sia alla scelta degli strumenti e delle modalità della guerra (*jus in bello*).⁷

ii. quanto più il “costituzionalismo dei diritti”, avanza pretese fondative di una “legalità cosmopolitica”⁸ eretta sul fondamento universale dei diritti inviolabili e della dignità della persona umana; quanto più si proietta oltre i confini della sovranità statale e della cittadinanza nazionale, tanto più sperimenta la presenza di laceranti conflitti ideali fra i consociati. Visioni religiose, etiche, antropologiche diverse e irriducibili si contrappongono nello scenario pluralistico e multiculturale delle Costituzioni europee, e le controversie giuridiche riflettono e veicolano controversie ideali di rado ricomposte dal legislatore per mezzo di norme espressive di stabili gerarchie di interessi. In un contesto in cui uno strutturale *reasonable disagreement*⁹ investe persino i valori apicali dell'ordinamento giuridico, il test di proporzionalità, per la sua natura formal-procedurale, offre – o almeno promette di offrire – una tecnica di risoluzione dei conflitti tale da depotenziarne la carica e l'impatto sistematico. Un metodo che pare ispirarsi alla regola cartesiana secondo cui i problemi grandi e complessi possono essere meglio risolti se si suddividono in una molteplicità di problemi piccoli, puntuali, di meno impegnativa risoluzione. E in effetti, il controllo di proporzionalità, specie quando si spinge fino al suo terzo momento applicativo, cioè al bilanciamento, non somministra regole di risoluzione dei casi atte a stabilizzarsi in stabili gerarchie di interessi e principi, ma pone regole di prevalenza basate sulle circostanze del caso e perciò mutevoli e intimamente precarie, rivedibili. La stretta aderenza della sentenza giudiziale alla fattispecie impedisce l'universalizzazione della massima di decisione e i conflitti di *Weltanschauungen*, che opererebbero nella loro forma più generale e definitiva se risolti in sede legislativa, si scompongono in micro conflitti strettamente calibrati su puntuali, circostanziate fattispecie. Questa proiezione verso il caso della

⁶ Sul punto, per tutti, P. Perlingieri, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in Idem., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli 2003, 459 ss.

⁷ E. Cannizzaro, *Contextualizing proportionality: jus ad bellum and jus in bello in the Lebanese war*, in *International Review of the Red Cross* (88), 2006, 779 ss. pone in risalto le diverse modalità di scrutinio nei due differenziati ambiti dello *jus ad bellum* e dello *jus in bello*.

⁸ Sul punto F. Ciaramelli, *Legislazione e giurisprudizione*, Torino, 2007, 96 e, se si vuole, G. Scaccia, *Valori e diritto giurisprudenziale*, in *Dir. soc.* 1/2011, 135 ss.

⁹ Che il *reasonable disagreement* debba essere assunto come premessa e direttiva di azione nel controllo di legittimità costituzionale delle leggi nelle società pluraliste è sostenuto da R.H. Fallon, *Implementing the Constitution*, in 111 *Harvard Law Review* (1997), 56 ss.

proporzionalità corrisponde alla tendenza relativistica dominante dei nostri ordinamenti pluralistici, che non elaborano rigide gerarchie di valori, ma sistemazioni variabili di interessi, e che per potersi integrare senza traumi in sistemi politico-normativi di dimensioni sovranazionali, e per ciò stesso tendenti al multiculturalismo, tendono ad essere meno prescrittivi e più aperti, meno rigidi e più duttili. Filosoficamente non cognitivisti, ma piuttosto relativisti. La proporzionalità – come è stato anche di recente rilevato – si accorda dunque con le predominanti concezioni “deboli” dei diritti¹⁰ che muovono dalla rappresentazione di questi come precetti di ottimizzazione (*Optimierungsgebote*) – secondo la nota teoria di Robert Alexy – da realizzare in presenza di condizioni giuridiche e fattuali mutevoli, e da sottoporre a bilanciamenti ed analisi costi-benefici intrinsecamente instabili¹¹.

iii. l’argomentazione basata sulla proporzionalità è funzionale alla dilatazione della sfera protettiva dei diritti ed è conforme perciò all’indirizzo culturale ed ermeneutico prevalente, tanto ciecamente fedele alla “religione dei diritti” da far talora assumere ad essa i tratti dell’idolatria. Il ruolo centrale della fattualità nello schema di ragionamento della proporzionalità e il carattere casistico delle relative decisioni cospirano nel favorire l’espansione della gamma di interessi protetti dai diritti. La proporzionalità conduce così, quasi inevitabilmente, a una “politicamente corretta” *rights inflation*¹².

iv. Si è già incidentalmente osservato come, almeno nel contesto europeo, decisiva nel favorire la diffusione del controllo di proporzionalità sia risultata l’influenza della letteratura di lingua tedesca nella costruzione dell’apparato dogmatico impiegato dalle altre corti d’Europa, e in particolare dalla Corte europea dei diritti dell’uomo e dalla Corte di giustizia dell’Unione europea. Va ora aggiunto che la definizione di un comune codice linguistico fra i giudici d’Europa è quanto mai necessaria per poter intessere un dialogo proficuo fra Corti. Ebbene, la proporzionalità è una delle parole-chiave di questa “lingua franca”¹³. In questa prospettiva si comprende perché la Corte costituzionale italiana, tradizionalmente restia a rendere manifesta e a strutturare in un test di giudizio la trama argomentativa delle pronunce, abbia scandito precisamente i passaggi logici del controllo di proporzionalità nella sentenza n. 1 del 2014, affermando a tutte lettere: «Il test di proporzionalità utilizzato da questa Corte come da molte delle giurisdizioni costituzionali europee, spesso insieme con quello di ragionevolezza, ed essenziale strumento della Corte di Giustizia dell’Unione europea per il controllo giurisdizionale di legittimità degli atti dell’Unione e degli Stati membri, richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite,

¹⁰ Come le definisce T.-I. Harbo, *The Function of the Proportionality Principle in EU Law*, in *European Law Journal* 2010, 158, 166-168.

¹¹ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden - Baden, 100.

¹² K. Möller, *Proportionality and Rights Inflation*, in G. Huscroft, B.W. Miller, G. Webber, *Introduction*, in *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014, 155 ss. Secondo Möller l’importanza normativa dei diritti non va enfatizzata, così come il loro ruolo sociale. Piuttosto egli propone di concettualizzare i diritti in modo diverso: “rights are better understood as endowing us with the right to be treated with a special attitude: an attitude that takes each and every individual seriously as a person with a life to live and that allows government to interfere with our activities only if there are sufficient, and proportionate, reasons to do so”.

¹³ Così felicemente la definisce G. Pino, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Ragion pratica*, dicembre 2014, 541 ss.

sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi». Può non essere casuale che il redattore di quella famosa pronuncia sia stato il Professor Giuseppe Tesauero, fra i più attenti all'apertura di un confronto con le Corti sovranazionali, non foss'altro che per avere svolto per un decennio (1988-1998) il ruolo di Avvocato generale presso la Corte di Giustizia, che il controllo di proporzionalità pratica e ha praticato infinite volte.

2. Il test di proporzionalità: profili generali

Ad imitazione del test di giudizio elaborato nella giurisprudenza amministrativa e costituzionale tedesca, il controllo di proporzionalità è stato sviluppato anche presso le Corti europee in tre livelli o fasi di giudizio: idoneità, necessità, proporzionalità in senso stretto.

La prima fase misura la relazione fra mezzi e fini sul piano della causalità naturale e giuridica; l'adeguatezza degli strumenti predisposti dal legislatore a realizzare gli obiettivi di interesse pubblico attesi. Occorre a tal fine un nesso di ragionevole strumentalità tra mezzo e fine, ma solo nei termini di un apprezzamento circa la "non manifesta inidoneità" degli strumenti prescelti. Una diversa valutazione, che si spingesse all'indagine dello strumento più idoneo a raggiungere un dato obiettivo politico (anziché di quello "non idoneo"), invaderebbe infatti la sfera di apprezzamento decisionale riservata al legislatore democratico. Esaurita positivamente la verifica di idoneità, si può passare al controllo di necessità, che ha lo scopo di accertare se la misura legislativa sia la più mite tra quelle astrattamente idonee a produrre il medesimo obiettivo pratico, al fine di minimizzare il sacrificio dei diritti individuali, senza pregiudicare l'interesse pubblico. Nella sua terza fase, infine, il controllo di proporzionalità (in senso stretto) si risolve in una valutazione comparativa dei beni e degli interessi costituzionali sacrificati dalla scelta legislativa, fino a confondersi con una schietta operazione di bilanciamento di interessi.

Il secondo test è quello più frequentemente praticato. È alquanto improbabile, infatti, che le misure predisposte dal legislatore siano del tutto inidonee, anche in astratto, a realizzare il fine cui sono preordinate. Assai più frequente, invece, è che lo strumento scelto dal legislatore non sia il meno offensivo per le libertà individuali e che perciò vi sia una sproporzione, un "eccesso di misura" nella tutela di un bene o interesse pubblico¹⁴.

Il terzo livello del test, che nella letteratura tedesca si definisce "proporzionalità in senso stretto" (*im engeren Sinne*) è residuale. Ad esso infatti si ricorre solo quando, in presenza di misure con pari idoneità e pari efficacia lesiva, il livello più elevato di realizzazione di un interesse pubblico è assicurato da una misura che non appare tuttavia la *più lieve* ri-

¹⁴ Fra la sterminata letteratura in tema di proporzionalità, si vedano almeno, oltre al già citato lavoro di P. Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht*, la monumentale opera di A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, 2012; B. Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin, 1976; per la dottrina italiana, S. Cognetti, *Il principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011.

spetto a quelle in astratto utilizzabili. In questo caso si dovrà compiere una ponderazione tra fini pubblici e sfere di libertà per decidere se, nel caso di specie, debbano essere massimizzate le utilità pubbliche ovvero minimizzati i danni occasionati dalla regolazione normativa ai diritti. Dovrà, insomma, compiersi un bilanciamento di interessi.

Ciascuna delle fasi o stadi del controllo di proporzionalità lascia ampio margine alla discrezionalità giudiziaria. Nella verifica di adeguatezza, ad esempio, ci si potrebbe arrestare alla soglia del riscontro negativo di una non palese inadeguatezza o invece imporre all'autore della misura legislativa o amministrativa in giudizio di dimostrare che lo strumento prescelto è realmente efficace e idoneo a conseguire il fine, coerente e adeguato.

Nella verifica del mezzo più lieve, la profondità del controllo dipende dalla creatività della Corte nell'immaginare una misura alternativa a quella in giudizio. Senza dire che la scelta di un mezzo più mite, cioè meno compressivo di una sfera di libertà, deve comunque garantire lo stesso livello di soddisfazione dell'interesse pubblico, e anche questo è sempre un accertamento molto problematico perché basato su misurazioni gradualistiche che lasciano ampio adito all'opinabile.

Quanto infine al terzo stadio della proporzionalità basta dire, per dimostrarne la duttilità argomentativa, che in ogni operazione di ponderazione fra interessi o valori (che in tanto sono ricomponibili e armonizzabili in sede giudiziale in quanto si traducano in norme di principio¹⁵) è implicita e ineliminabile una dose elevata di discrezionalità valutativa. In assenza di rigide gerarchie costituzionali pre-date, l'opera di "pesatura" del valore e di ascrizione ad esso di un contenuto normativo nel confronto con valori antagonisti presenta infatti margini elevati di arbitrarietà. Ciò dipende dalla natura dell'atto cognitivo che conduce all'applicazione in giudizio di valori. Non si tratta, infatti – lo rileva Nicolai Hartmann – «di un "conoscere" nel senso comune della parola, e neppure di un cogliere neutrale nel quale non si rimane toccati dall'oggetto colto. È invece piuttosto un esser afferrati. Si è presi, afferrati da ciò che ad uno appare pieno di valore e appartenente al dover essere. Il rapporto non è per nulla contemplativo; è emozionale, e gli atti poi nei quali questo cogliere si attua sono atti del sentimento, prese di posizione»¹⁶. Prese di posizione, va soggiunto, che talora assoggettano a controllo di proporzionalità e bilanciamento diritti, interessi, valori che sono letteralmente incommensurabili, intesa l'incommensurabilità – con Timothy Endicott – come «*the impossibility of measuring two considerations in the same scales*»¹⁷.

¹⁵ Per la tesi che principi costituzionali e valori non siano ontologicamente differenziabili, i primi costituendo piuttosto la concretizzazione normativa dei secondi, si consenta il rinvio a G. Scaccia, *Gli 'strumenti' della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 313 ss.

¹⁶ N. Hartmann, *Introduzione all'ontologia critica*, trad. it. di R. Cantoni, Napoli, 1972, 149. Il volume raccoglie scritti comparsi nelle opere *Neue Wege der Ontologie*, Stuttgart, 1943; *Der philosophische Gedanke und seine Geschichte*, Berlin, 1955; *Systematische Selbstdarstellung*, in *Deutsche systematische Philosophie nach Ihren Gestalten*, Berlin, 1933, 283 ss.

¹⁷ Così T. Endicott *Proportionality and Incommensurability*, in G. Huscroft - B. W. Miller - G. Webber (cur.), *Proportionality and the Rule of Law*, cit., 311 ss., 317, che distingue *incommensurability* and *incomparability*, definendo quest'ultima come «the impossibility of finding rational grounds for choosing between two alternatives». Un'autorevole critica alla incommensurabilità di "apples and oranges", secondo la colorita espressione in uso nella letteratura statunitense, è nell'opinione concorrente del Justice Antonin Scalia alla sentenza della Corte Suprema degli USA *Bendix Autolite Co. v. Midwesco Enters* 486 U.S. 888 (1988).

Appare giustificata, perciò, la conclusione che: “*Proportionality between means and ends is more conducive to a principled practice of judicial review, while proportionality as balancing is an invitation to more or less arbitrary judicial decision making*”¹⁸.

In ragione di questa sua indomabile resistenza all'inquadramento in schemi decisionali di tipo rigidamente deduttivo, e piuttosto di una accentuata permeabilità a giudizi di valore e precomprensioni etico-culturali, il test di proporzionalità può variare di intensità e di risultati a seconda della materia, della misura considerata, del soggetto ricorrente. Ed è precisamente questo che si verifica nell'applicazione che ne fanno la Corte di giustizia UE e la Corte europea dei diritti dell'uomo, a cui ora conviene specificamente dedicarsi.

3. La proporzionalità nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea

La proporzionalità è principio generale dell'ordinamento europeo. Nella formulazione originaria dei Trattati istitutivi della Comunità europea esso non compariva, e tuttavia si discuteva se non dovesse considerarsi contenuto implicito della nozione di Stato di diritto in senso materiale¹⁹ e se non potesse comunque rinvenirsi un fondamento implicito nell'art. 40. Ivi si statuiva che l'organizzazione comune dei mercati agricoli – in una delle forme indicate nel medesimo articolo²⁰ – “può comprendere tutte le misure *necessarie* al raggiungimento degli obiettivi definiti all'articolo 39” e “deve limitarsi a perseguire” i predetti obiettivi. Il riferimento alla necessità dei mezzi rispetto ai fini evocava la teorica della proporzionalità, ma non vi era ancora una espressa e chiara formalizzazione del principio, che è giunta solo con l'art. 3-b del Trattato di Maastricht²¹, dal quale è rifulsa sostanzialmente invariata nell'art. 5, paragrafo 4, TUE, ove si prevede che “In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei Trattati”. La disposizione appena citata fa sistema con il Protocollo n. 2 Allegato al Trattato UE, specificamente intitolato all'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, il quale, in particolare, stabilisce, nell'art. 1 che “ciascuna istituzione vigila in modo continuo sul rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità” e nell'art. 5 che “i progetti di atti legislativi sono motivati con riguardo ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità” e che “ogni progetto di atto legislativo dovrebbe essere accompagnato da una scheda contenente elementi circostanziati che consentano di valutare il rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità”.

¹⁸ G. Huscroft, B.W. Miller, G. Webber, *Introduction*, in *Proportionality*, cit. 4.

¹⁹ Secondo la concettualità in uso nel dibattito teorico di lingua tedesca (v. ad es. R. Zippelius, *Rechtsphilosophie*, Muenchen, 2011) per *Rechtstaat im materiellen Sinne* si intende quella forma di Stato che accanto alle garanzie formal-procedurali proprie del *Rechtstaat im formellen Sinne* (legalità, riserva di legge, *rule of law*) riconosce e garantisce la tutela sostanziale dei diritti fondamentali.

²⁰ Tali forme erano precisamente: a) regole comuni in materia di concorrenza; b) un coordinamento obbligatorio delle diverse organizzazioni nazionali del mercato; c) un'organizzazione europea del mercato.

²¹ Sul punto, l'articolo citato disponeva: “L'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente trattato”.

L'art. 5 del TUE e il richiamato Protocollo n. 2 definiscono il profilo di un principio operante in due distinte aree tematiche:

a) è misura del corretto esercizio delle competenze dell'Unione, insieme alla sussidiarietà, in quanto condiziona la scelta fra i diversi strumenti di intervento, esprimendo una preferenza per quello che più ampiamente rispetta l'identità degli Stati membri²²;

b) inoltre è parametro di validità delle misure nazionali o degli atti dell'Unione che incidono sull'esercizio di diritti fondamentali. L'art. 52, par. 1 della CDFUE, dopo aver stabilito che "Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà"²³ prosegue disponendo che "nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui".

Le prime timide e implicite evocazioni del principio in sede giurisprudenziale si trovano nelle sentenze *Fédération Charbonnière de Belgique* del 1956, ove si legge che «in applicazione di una regola giuridica generalmente accettata, la reazione indiretta dell'alta autorità ad un atto illecito delle imprese deve essere *commisurata* all'importanza dell'atto illecito»²⁴ e *Mannesmann* del 1962, in cui il principio di proporzionalità integra il parametro in base al quale regolare il potere dell'autorità di "adottare meccanismi finanziari per salvaguardare l'equilibrio del mercato"²⁵.

Con la sentenza *Internationale Handelsgesellschaft* del 1970, la Corte di Lussemburgo veniva direttamente investita del quesito se la proporzionalità costituisse anche nell'ordinamento comunitario un limite generale alla legislazione compressiva di diritti. Dopo aver chiarito che la protezione dei diritti umani doveva essere assicurata nel quadro della struttura istituzionale e degli obiettivi della Comunità, la Corte – senza invero dispiegare un apparato argomentativo adeguato all'importanza del problema – ricavava il principio di proporzionalità, in via di riduzione generalizzante, dal diritto dei Paesi membri e lo considerava diritto applicabile nella UE alla stregua di una tradizione costituzionale comune²⁶.

È solo con la sentenza *Cassis de Dijon*, tuttavia, che il rispetto della proporzionalità viene indicato come parametro del divieto di restrizioni quantitative all'importazione. La Cor-

²² Oltre ad essere canone ermeneutico delle norme attributive di poteri alla UE, che impone sempre l'interpretazione "meno onerosa" per gli Stati membri (così nella sentenza 12 novembre 1969, in causa C-29/69, *Stauder*, nella quale per la prima volta si afferma che i diritti fondamentali dell'uomo formano parte dei principi generali del diritto comunitario, il cui rispetto è garantito dalla Corte medesima. In senso analogo: sentenze *Wachauf* in causa C-5/88; *Bostock*, C-2/92; *Karlsson*, C-292/97; *Berlusconi*, C-387/02.

²³ Analogo discorso vale per le libertà garantite dai Trattati e dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, come risulta dal congiunto operare degli artt. 6, par. 3 TUE e 52, par. 3 CDFUE.

²⁴ CGCE, sent. 29 novembre 1956, C-8/55, *Fédération Charbonnière de Belgique c. Alta Autorità Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio*, §.A-1.

²⁵ CGCE, sent. 13 luglio 1962, C-19/61, *Mannesmann AG contro Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio*, §. I.1.

²⁶ CGCE, sent. 17 dicembre 1970, C- 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, § 3- 4.

te, in questa fondamentale pronuncia, che introduce una linea di interpretazione molto estensiva delle libertà del mercato, riconosceva che limitazioni ai diritti e alle libertà comunitarie sono legittime solo quando siano necessarie a finalità di interesse generale o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui, e ciò a prescindere dal carattere discriminatorio della misura²⁷. La proporzionalità veniva sganciata dall'eguaglianza e guadagnava una sua autonomia come criterio generale di limitazione delle libertà, necessario perché il bilanciamento fra le diverse posizioni tutelate come diritti preservi sempre il contenuto essenziale di questi²⁸.

Grazie alla compiuta emancipazione dalle fattispecie di discriminazione soggettiva (e quindi dall'eguaglianza), il test di proporzionalità è diventato il canone di scrutinio generale delle misure limitative dei diritti.

Fra le moltissime pronunce in cui la proporzionalità è impiegata come criterio di giudizio delle restrizioni recate dagli Stati membri alle libertà fondamentali, particolarmente per-spicua è la sentenza *Gebhard* del 1995²⁹, resa su rinvio pregiudiziale del Consiglio Nazionale Forense italiano, ove si legge (punto 37), che “i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperiosi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo”.

Lo schema *Gebhard* è stato usato, talvolta con solo lievi e non significative variazioni semantiche, in moltissime pronunce nelle quali si è statuito che “il principio di proporzionalità, come parte integrante dei principi generali del diritto dell'Unione, esige che gli strumenti pre-

²⁷ Con la linea giurisprudenziale *Dassonville* (CGCE, 11 luglio 1974, causa C- 8/74) - *Cassis de Dijon* (sentenza del 20.2.1979, causa 120/78, Rewe-Zentral-AG) le norme a protezione della libera circolazione delle merci sono state considerate applicabili ad ogni regolazione nazionale idonea a porre ostacoli ingiustificati al libero mercato concorrenziale CGUE, 10 febbraio 2009, causa C-110/05, *Commissione/Italia*; CGUE, 20 marzo 2014, causa C-639/11, *Commissione/Polonia*; CGUE, 21 settembre 2016, causa C-221/15, *Établissements Fr. Colruyt NV.*, ancorché prive di effetti discriminatori o protezionistici e quindi sono state estese anche a discipline nazionali dirette a finalità sociali, come quelle in tema di tutela dell'ambiente (CGUE, 7 febbraio 1985, causa C-240/83, *Oli usati*; CGUE 13 marzo 2001, causa C-379/98, *Preussen Elektra*; CGUE, 7 aprile 2011, causa C-402/09, *Ioan Tatu.*) o quelle rivolte a introdurre meccanismi di solidarietà sociale (CGUE, 17 febbraio 1993, cause riunite 159/91 e 160/91, *Poucet c. Pistre*; CGUE, 17 giugno 1997, causa C-70/95, *Sodemare*). Quest'interpretazione iperestensiva del libero mercato, che ha fatto coincidere ogni rottura dell'eguaglianza, anche se ragionevolmente giustificata alla luce di valori non mercantili, con una violazione della libera concorrenza, ha prodotto una forte spinta deregolativa negli Stati membri (lo spiega efficacemente A. Di Martino, *Il territorio: dallo stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello stato costituzionale aperto*, Giuffrè, Milano, 2010, 430). Quando infatti ogni regolazione pubblica, anche se rivolta alla protezione di beni e interessi collettivi e comuni non attribibili alla logica mercantile, viene valutata nella sua funzionalità rispetto ai dettami del libero mercato, è fatale che lo spazio di intervento del legislatore nazionale si restringa e che venga ad essere assunta come *benchmark* di ogni regolazione pubblica la disciplina più liberale a livello europeo.

²⁸ L'intervento si considera infatti sproporzionato e inaccettabile quando sia tale da ledere la sostanza stessa dei diritti tutelati (v., fra le molte, sentenze 8 aprile 1992, causa C-62/90, *Commissione c. Germania*, § 23, e 5 ottobre 1994, causa C-404/92 P, *X c. Commissione*, § 18).

²⁹ Cfr. sent. 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Gebhard*; v. anche sentenza 31 marzo 1993, causa C-19/92, *Kraus*, § 32.

disposti da una norma siano idonei a realizzare lo scopo perseguito e non vadano oltre quanto è necessario per raggiungerlo”³⁰.

Volendo azzardare un giudizio sintetico che prescindendo dalle specificità dei casi di specie e cerchi di cogliere le regolarità nell’uso del test di proporzionalità, può osservarsi che la penetrazione dello scrutinio è diversa a seconda della materia, degli oggetti, e della natura delle misure all’esame. La Corte oscilla, in particolare, fra il riconoscimento di un ampio margine di apprezzamento discrezionale all’autorità coinvolta nella controversia ad un approccio “quasi-legislativo” nel quale “uses the ‘proportionality’ principle to impose measures of legislative nature on Member states, even though formally the Court is only “interpreting” EU law and thus seemingly not invading into legislative competences of Member states”³¹.

La scelta fra un atteggiamento *deferential* e una condotta più attivista, che finisce talora per condizionare il processo politico degli Stati membri, attraverso la sollecitazione a compiere specifici interventi legislativi di tipo correttivo, viene a dipendere dall’oggetto della regolazione e dalla natura della misura in esame, nel senso che può variare a seconda che oggetto di scrutinio sia un atto nazionale o un atto dell’Unione europea.

Quanto al primo profilo (la materia trattata), sono prevalenti le pronunce in cui, attraverso il controllo di proporzionalità, diritti fondamentali non mercantili sono connessi, rafforzandole, a libertà fondamentali garantite agli individui *contro* i rispettivi Stati membri³² rispetto a quelle in cui, al contrario, l’esigenza di tutela di detti diritti autorizza gli Stati a imporre – sempre nel rispetto della proporzionalità – misure limitative delle libertà economiche (gli esempi più famosi, su cui si tornerà di seguito, sono Schmidberger e Omega). A ulteriore conferma della vocazione europea ad espandere le libertà del mercato fino alle soglie della compatibilità con il principio del rispetto delle identità costituzionali nazionali. E quindi di una complessiva lettura iper-estensiva della libera concorrenza e della libertà di circolazione di merci e servizi che portano a considerare come “sproporzionatamente” lesive delle libertà del mercato anche misure dirette a finalità di protezione sociale, e con ciò limitano la discrezionalità legislativa consentendo al diritto europeo di condizionare i sistemi sociali nazionali.

³⁰ Tra le molte sentenze che enunciano il principio di proporzionalità, si vedano almeno CGUE, 10 dicembre 2002, C-491/01, *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco*, § 122, nonché CGUE, 8 aprile 2014, C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources e a. e Kärntner Landesregierung e a.*, § 46 e giurisprudenza ivi citata. La citazione testuale è tratta da sent. CGUE, 23 settembre 2013, C-508/13, *Repubblica di Estonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell’Unione europea*, §28. In dottrina, ex plurimis, C. Pollak, *Verhältnismäßigkeitsprinzip und Grundrechtsschutz*, in *Der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs und des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs*, Baden-Baden, 1991, 111 ss.; H. Kutscher, *Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Recht der Europäischen Gemeinschaften*, in H. Kutscher, G. Röss, F. Teitgen, F. Ermacora, G. Ubetazzi, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, Heidelberg, 1985, 89 ss.; E. Pache, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung der Gerichte der Europäischen Gemeinschaften*, NVwZ 1999, 1033; K.-V. Schiller, *Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Europäischen Gemeinschaftsrecht nach der Rechtsprechung des EuGH*, in RfW, 1983, 928 ss.

³¹ Così N. Reich, *How proportionate is the proportionality principle? Some critical remarks on the use and methodology of the proportionality principle in the internal market case law of the ECJ*, Oslo conference on “The Reach of Free Movement”, 18-19 May 2011, pag. 14.

³² Si vedano i casi CGUE, 26 giugno 1997, C-368/95, *Vereinigte Familienpress Zeitungsverlags- und Vertriebs GmbH c. Heinrich Bauer Verlag*; CGUE, 25 marzo 2004, C-71/02, *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH c. Troostwijk GmbH*.

Quanto al secondo profilo (la natura dell'atto in questione) sembra invece potersi rilevare un'asimmetria fra lo scrutinio delle misure nazionali restrittive delle libertà fondamentali garantite dai Trattati e il controllo sulla compatibilità della disciplina di fonte europea con il principio di proporzionalità. In particolare, la verifica di idoneità è ispirata a maggiore severità quando viene in esame la conformità al principio di proporzione di misure nazionali compressive di libertà mercantili rispetto ai casi in cui il controllo giurisdizionale riguarda atti delle istituzioni comunitarie. Nella prima ipotesi la Corte di Lussemburgo afferma che una normativa nazionale è idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo invocato di imporre restrizioni soltanto se i mezzi impiegati sono coerenti e sistematici³³. Il giudice comunitario, più precisamente, richiede che lo Stato fornisca adeguata dimostrazione dell'attitudine effettiva dell'azione sottoposta a giudizio a realizzare un fine di interesse pubblico che renda giustificabile la limitazione delle libertà del mercato. Non basta a tal fine, dunque, una verifica di non manifesta inidoneità, ma si richiede piuttosto un apprezzamento in positivo.

Un chiaro esempio nella sentenza del 18 gennaio 2001³⁴, la quale ha dichiarato incompatibili con il diritto dell'Unione i decreti che avevano trasferito un consistente volume di traffico aereo dall'aeroporto di Linate a quello di Malpensa, sulla base del rilievo che «il rinvio di tale trasferimento o un trasferimento progressivo (...) sarebbe stato *più adeguato* alla realizzazione dell'obiettivo perseguito dalle autorità italiane e avrebbe consentito di limitare le restrizioni alla libertà di prestazione dei servizi aerei da e per Milano»³⁵. Analogamente, nel ritenere in contrasto con l'art. 30 del Trattato³⁶ una legge tedesca che aveva limitato al 30 giugno e al 30 dicembre le due date di scadenza apponibili sulle confezioni dei medicinali, la Corte di giustizia ha imputato al governo tedesco di non aver «provato che il provvedimento controverso costituisca *il mezzo più idoneo* a diminuire il rischio del consumo di prodotti scaduti, rappresentando al tempo stesso quello meno restrittivo per gli scambi intracomunitari» (sentenza 1 giugno 1994)³⁷.

Di segno analogo la sentenza *Costa e Cifone* con cui la Corte di Lussemburgo ha preso in esame la normativa italiana che imponeva solo ai nuovi operatori del mercato il rispetto di distanze minime fra i punti vendita di giochi d'azzardo, lasciando invariata la posizione degli operatori già presenti. Dopo aver premesso che una normativa nazionale è idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo invocato soltanto se i mezzi impiegati sono *coerenti e sistematici*, la Corte ha sollecitato il giudice nazionale a verificare se l'imposizione delle distanze minime soltanto ai nuovi concessionari fosse veramente idonea a realizzare l'obiettivo (dichiarato dal Governo italiano), di far sì che i nuovi operatori si stabilissero in

³³ CGUE, 16 febbraio 2012, cause riunite C-72/10 e C-77/10, *Costa e Cifone*, § 63; *Placanica e a.*, cit., § 48 e 53.

³⁴ In causa C-361/98.

³⁵ Il corsivo nella citazione della sentenza è nostro.

³⁶ E ciò sull'assunto che avrebbe potuto determinare una riduzione del periodo di commerciabilità dei prodotti importati e pertanto costituire una misura di effetto equivalente a una restrizione quantitativa.

³⁷ In causa 317/92, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*.

luoghi poco frequentati, assicurando così una maggiore copertura a livello nazionale dei punti vendita di giochi d'azzardo³⁸.

Un tale onere dimostrativo non ricade generalmente sulle istituzioni comunitarie, i cui interventi regolativi sono considerati adeguati a superare il primo livello del controllo di proporzionalità a condizione che non siano manifestamente inidonei. Nei giudizi relativi alla validità di atti dell'Unione, la Corte "si limita ad accertare il carattere manifestamente inidoneo di un provvedimento adottato in tale ambito, in relazione allo scopo che l'istituzione competente intende perseguire"³⁹. Si aggiunga che, ove le valutazioni compiute dal legislatore comunitario siano "complesse" (aggettivo di contenuto ineffabile), l'atto di fonte europea è censurabile solo se esso "non sia inficiato da errore manifesto o sviamento di potere o se il legislatore non abbia manifestamente oltrepassato i limiti del suo potere discrezionale"⁴⁰.

Anche nella seconda fase del test di proporzionalità – e cioè in sede di verifica della necessità dell'intervento – la giurisprudenza della Corte di giustizia fa registrare un maggiore attivismo nell'individuazione di misure alternative e meno restrittive di quelle scrutinate quando vengano in questione provvedimenti nazionali.

Un esempio perspicuo nella sentenza *Gambelli*⁴¹. La Corte era chiamata a decidere se ponessero un legittimo ostacolo alla libertà di stabilimento le restrizioni previste dalla normativa italiana all'attività di raccolta di scommesse sportive (restrizioni consistenti nel divieto – assistito da sanzione penale – di effettuare scommesse dal proprio domicilio via Internet con un bookmaker situato in un altro Stato membro). Si poneva, come sempre, il problema della giustificazione della misura limitativa alla luce del test di proporzionalità come elaborato nella ricordata sentenza *Gebhart*. Ebbene, nel paragrafo 62 della pronuncia i giudici di Lussemburgo hanno ritenuto che "la mera raccolta di risorse fiscali non vale come tale a giustificare la misura" e che "in ogni caso l'obiettivo di un'autentica riduzione delle opportunità di giuoco e il finanziamento di attività sociali attraverso un prelievo sugli introiti derivanti dai giochi autorizzati costituisce solo una conseguenza vantaggiosa accessoria, e non la reale giustificazione, della politica restrittiva attuata".

L'assenza di una ragionevole giustificazione del divieto porta la Corte a concludere che esso può risultare una misura eccessiva rispetto a quanto necessario per impedire frodi ai consumatori. Di qui la decisione di rimettere al giudice nazionale la verifica se costituisca una restrizione eccedente quanto strettamente necessario per la lotta alla frode "escludere la possibilità per le società di capitali quotate sui mercati regolamentati degli altri Stati membri

³⁸ Sent. 16.2.2012, cause riunite C-72/10 e C-77/10, *Costa e Cifone*, § 63 e 64.

³⁹ Sent. 14.5.2009, causa C-34/08, *Disarò*, in tema di quote latte, § 76; in termini, v. sent. CGUE, C-508/13, *Repubblica di Estonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, punti 28-29, ove si afferma: "solo la manifesta inidoneità di una misura adottata in tale ambito, in relazione allo scopo che l'istituzione competente intende perseguire, può inficiare la legittimità di tale misura"; sent. 10 dicembre 2002, causa C-491/00, *British American Tobacco (Investments) Limited e Imperial Tobacco Limited c. Secretary of State for Health*, § 123; sent. 8 giugno 2010, causa C-58/08, *Vodafone Ltd. e altri contro Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, § 52; sent. 5 marzo 2009, causa C-479/07, *Francia c. Consiglio*, § 63 e giurisprudenza ivi citata.

⁴⁰ Sent. 9 settembre 2003, C-236/01, *Monsanto*, § 135; nonché *Generics (UK) e a.*, cit., § 67.

⁴¹ Sent. 6 novembre 2003, causa C-243/01, *Gambelli*.

di ottenere concessioni per la gestione di scommesse sportive, soprattutto *quando esistano altri strumenti di controllo dei bilanci e delle attività delle dette società*". La misura alternativa e più lieve rispetto alla drastica scelta del legislatore italiano di colpire con la sanzione penale chiunque – domiciliato in Italia – scommetta via Internet con un bookmaker straniero, viene indicata direttamente dalla Corte, e consiste in non meglio precisati "altri strumenti di controllo dei bilanci e delle attività delle società di scommesse". Strumenti che – non può escludersi – potrebbero essere stati scartati dal legislatore italiano proprio per la loro incerta efficacia, o per gli oneri organizzativi e finanziari conseguenti all'attività di controllo.

Ulteriore caso in cui la Corte di Giustizia, senza saggiarne a fondo la concreta fattibilità in termini amministrativi o finanziari, ha indicato misure alternative a quella prescelta dal legislatore nazionale, negando che essa sia la più mite fra quelle prospettabili in astratto, è la sentenza *Peijper*. In questa pronuncia la Corte ha considerato "più restrittiva del necessario" una normativa nazionale che consentiva al produttore di un medicinale ed ai suoi concessionari esclusivi di "monopolizzare l'importazione e lo smercio del prodotto mediante il semplice rifiuto di esibire i documenti relativi al prodotto in generale o ad una singola ben determinata partita del medesimo", ponendo a carico dello Stato membro l'onere di dimostrare "chiaramente che qualsiasi altra normativa o prassi imporrebbe all'amministrazione un impegno assai più gravoso del normale".

Questo diverso atteggiamento sembra potersi spiegare alla luce della finalità politica, che la Corte di Lussemburgo fa propria, di favorire l'integrazione europea nella misura più estesa, limitandosi a riconoscere possibilità di deroga (e quindi di preservazione dell'identità nazionale, secondo il disposto dell'art. 4 TFUE) alle sole ipotesi in cui l'uniforme disciplina comunitaria comprometta principi di struttura degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri. In ultima analisi, è il principio del primato del diritto europeo – e la connessa esigenza di uniformità regolativa – a fare premio su ogni altra contraria considerazione. La *primauté*, così come trova integrale e perfetta attuazione mediante la disapplicazione generalizzata della disciplina interna incompatibile con quella europea e per questo talora riassume e occulta il problema della diretta efficacia degli atti normativi comunitari, nella stessa misura condiziona l'esercizio dello scrutinio giudiziario sull'applicazione del principio di proporzionalità, rendendolo più intransigente quando riguardi le misure adottate dagli Stati membri.

4. La proporzionalità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

Diversamente dall'ordinamento dell'Unione europea, nel contesto del sistema convenzionale il principio di proporzionalità non costituisce limite generale, interno e immanente all'esercizio del potere pubblico e dunque non opera come «barriera di autodifesa»⁴² di tutti i diritti fondamentali, ma è piuttosto indicato come clausola limitativa di specifici diritti garantiti

⁴² *Selbstverteidigende Schranke*, secondo il lessico in uso nella giurisprudenza e nella dottrina di lingua tedesca: v. ad es. Z.Yi, *Das Gebot der Verhältnismäßigkeit in der Grundrechtlichen Argumentation*, Frankfurt a.M., 1998, 27.

dalla CEDU: quelli previsti negli articoli 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), 9 (libertà di pensiero di coscienza e di religione), 10 (libertà di espressione) e 11 (libertà di riunione e associazione); a cui si aggiunge, in forza dell'art. 1 del Protocollo n. 1, il diritto di ogni persona fisica o giuridica al rispetto dei propri beni. Gli anzidetti diritti sono limitabili con il ricorrere di tre condizioni: i) la previsione legale della misura limitativa del diritto, ii) lo scopo legittimo della limitazione; iii) la proporzionalità della misura rispetto al suo scopo, con specifico riferimento alla sua "necessità" ("misura necessaria in una società democratica").

Anche nel sistema CEDU, come in quello eurounitario, il test di proporzionalità si articola in tre fasi di giudizio⁴³.

Nella giurisprudenza della CGUE sul rispetto del principio di proporzionalità da parte di misure adottate dagli Stati membri in deroga alle norme dell'Unione, sono oggetto di valutazione l'adeguatezza e la necessità delle misure statali e l'assenza di soluzioni meno pregiudizievoli delle libertà fondamentali. Analogamente, la Corte europea dei diritti dell'uomo, nell'interpretazione dell'art. 15 CEDU, che disciplina le deroghe agli obblighi previsti dalla CEDU in caso di guerra o di "altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione"⁴⁴, e delle c.d. clausole di interferenza con le libertà garantite dalla Convenzione, non ha disconosciuto che gli Stati godono di un margine di apprezzamento nell'individuazione delle misure derogatorie o di interferenza, ma ha tuttavia preteso che dette misure siano ragionevolmente necessarie e che siano protratte nella stretta misura e nei tempi in cui la situazione lo richieda.

La Corte ha ripetutamente affermato che nel definire se una misura è "*necessary in a democratic society*", deve essere valutato se, alla luce del caso considerato nella sua globalità, "*the reasons adduced to justify that measure were relevant and sufficient for the purposes*"⁴⁵. Più precisamente, la nozione di necessità richiede che l'interferenza nella libertà individuale corrisponda a una necessità sociale imperativa e che sia proporzionata al fine legittimo perseguito, avendo riguardo al ragionevole bilanciamento che deve essere ricomposto

⁴³ Sul modo di operare del test di proporzionalità nell'ambito della CEDU, v. S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001; Y. Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, 2002.

⁴⁴ L'articolo richiamato, nel paragrafo 2, vieta peraltro ogni deroga "all'articolo 2, salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra, e agli articoli 3, 4 § 1 e 7. 3" e pone a carico degli Stati l'obbligo di informare tempestivamente il Segretario generale del Consiglio d'Europa delle misure prese e dei motivi che le hanno determinate, nonché della data in cui le misure cessano d'essere in vigore e le disposizioni della Convenzione riacquistano piena applicazione.

⁴⁵ *Ex plurimis*, Corte EDU, 3 novembre 2011, no 57813/00, *S.H. and Others v. Austria*, § 91; Corte EDU, 27 agosto 2015, *Parrillo v. Italia*, no. 46470/11, § 168, in cui si chiedeva alla Corte di Strasburgo se il diritto al rispetto per la vita privata e familiare tutelato dall'art. 8 CEDU comprenda anche il diritto a donare i propri embrioni creati *in vitro* alla ricerca scientifica: Corte EDU, 12 luglio 2011, n. 25702/94, *K. and T. c. Finlandia*, § 154; 24 marzo 1988, *Olsson c. Svezia (n. 1)*, § 68; *Kutzner c. Germania*, n. 46544/99, § 65; *P., C. e S. c. Regno Unito*, n. 56547/00, § 114; da ultimo, sentenza della Grande Camera 24 gennaio 2017, n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia* che ha ritenuto legittima e proporzionata la decisione dei giudici italiani di riconoscere l'esistenza della relazione genitori-figli solo in presenza di un legame genetico o di un'adozione legale e conseguentemente di disporre l'allontanamento di un bambino da una coppia che non rispondeva ad alcuno di questi due requisiti.

fra i contrapposti interessi rilevanti in materia (si prenda ad esempio *A, B and C v. Ireland*, § 229).

Anche nella giurisprudenza della CEDU la profondità del controllo di proporzionalità varia, in particolare, a seconda del tipo di misura in esame e della materia cui essa si riferisce.

Il controllo di proporzionalità incide anche e soprattutto sulla scelta della misura da adottare; se debba trattarsi di misura particolare e individuale o di misura generale.

L'adozione di misure generali viene ritenuta più idonea rispetto ad alcune politiche: la Corte di Strasburgo la reputa necessaria, per esempio in materia di politica economica e sociale⁴⁶, previdenziale e pensionistica⁴⁷, elettorale⁴⁸, in tema di limitazione del diritto di voto per i detenuti⁴⁹, di fecondazione assistita⁵⁰, di distruzione di embrioni congelati⁵¹, di suicidio assistito⁵² o con riguardo al divieto di propaganda religiosa⁵³.

Secondo il modulo di giudizio enunciato nel caso *Tierfabriken Schweiz (Vgt) c. Svizzera e Murphy c. Irlanda*, le misure generali sono sottoposte a un debole controllo di proporzionalità. La Corte di Strasburgo, infatti, non si chiede se si sarebbero potute adottare regole meno restrittive, né verifica se lo Stato può provare che senza la limitazione lo scopo perseguito non sarebbe stato raggiunto. Piuttosto si limita a valutare se, allorché lo Stato ha adottato la misura generale contestata e ritenuta arbitraria in rapporto agli interessi in gioco, il legislatore ha agito nell'ambito del margine di apprezzamento ad esso riservato⁵⁴.

Specie in casi che provengono da ricorsi individuali diretti, la Corte non si avventura nel controllo astratto della legislazione rilevante, non volge lo sguardo al "contesto generale", ma resta concentrata sull'esame delle specifiche questioni sollevate dal caso. Concede, insomma, un più ampio margine di apprezzamento al legislatore⁵⁵.

In materia economico-sociale, il *margin of discretion* riconosciuto agli Stati è tanto ampio che il test di proporzionalità si risolve per intero in una verifica di non manifesta irragionevolezza della misura in esame. In materia di limitazioni al diritto di proprietà, ad esempio, la Corte ha costantemente riconosciuto allo Stato un ampio margine di apprezzamento con riguardo sia alla scelta dei mezzi compressivi sia alle finalità di interesse generale che possono giustificare finanche la totale privazione del diritto al pacifico godimento dei propri beni⁵⁶. Tuttavia i giudici di Strasburgo esigono, sul piano procedurale, che al soggetto inte-

⁴⁶ *Ex multis*, 21 febbraio 1986, n. 8793/79, *James e altri c. Regno Unito*.

⁴⁷ Grande Camera, 6 luglio 2005, nn. 65731/01 e 65900/01, *Stec e altri c. Regno Unito*, § 51-52; 4 novembre 2008, n. 42184/05, *Carson e altri c. Regno Unito*.

⁴⁸ Sent. 16 marzo 2006, n. 58278/00, *Ždanoka c. Lettonia*.

⁴⁹ Sent. 6 ottobre 2005, n. 74025/01, *Hirst c. Regno Unito*; 22 maggio 2012, n. 126/05, *Scoppola c. Italia*.

⁵⁰ Sent. 4 dicembre 2007, n. 44362/04, *Dickson c. Regno Unito*.

⁵¹ Sent. 10 aprile 2007, n. 6339/05, *Evans c. Regno Unito*.

⁵² Sent. 29 aprile 2002, n. 2346/2002, *Pretty c. Regno Unito*.

⁵³ Sent. 3 dicembre 2003, n. 44179/98, *Murphy c. Irlanda*.

⁵⁴ Si vedano ancora *James e altri cit.*, § 51 e *Evans, cit.*, § 91.

⁵⁵ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, punto 180 ss.; *S.H. and Others v. Austria*, punto 92; *Olsson v. Svezia* (no. 1), punto 54.

⁵⁶ cfr. Causa 12 luglio 2016, n. 11593/12, *Vrzić c. Croazia*, § 100; 29 aprile 1999, nn. 25088/94, 28331/95 e 28443/95, *Chassagnou and Others c. Francia*, § 75; Causa 28 luglio 1999, n. 22774/93, *Immobiliare*

ressato sia comunque fornita una “ragionevole opportunità” di contestare la misura patita dinanzi ad un’ autorità imparziale⁵⁷; sul piano sostanziale, che la proporzionalità fra mezzi impiegati e scopi perseguiti sia plausibilmente dimostrabile⁵⁸. Come certamente non era nel recentissimo caso in cui lo Stato sloveno aveva proceduto alla vendita all’incanto di un immobile per recuperare un credito di 134 € e in presenza di un debitore dotato di una regolare retribuzione e quindi facilmente aggredibile per la soddisfazione del credito⁵⁹.

Di là da casi autoevidenti come quello riportato, lo scrutinio delle misure nazionali limitative di diritti è generalmente intonato a una certa deferenza nei confronti degli Stati membri; è alquanto “*relaxed*”. Lo spazio di scelta discrezionale degli Stati è invece più stretto quando viene in questione “un aspetto particolarmente importante dell’esistenza o dell’identità individuale”⁶⁰; oppure la classificazione del legislatore sia “sospetta”, riguardi cioè soggetti o minoranze storicamente fatte oggetto di pregiudizi e di esclusione sociale o gruppi vulnerabili anche per una condizione transitoria che li emargina socialmente (si pensi ad esempio ai malati di AIDS). In casi del genere, il legislatore per giustificare la limitazione in questione deve esibire “*very weighty reasons*”.

Così, ad esempio, nel caso *I.B. c. Grecia*⁶¹, la Corte di Strasburgo ha ritenuto discriminatoria una sentenza della Corte di cassazione greca che aveva considerato legittimo il licenziamento di un malato di AIDS, giustificandolo con la necessità di ripristinare la pace in azienda, poiché numerosi lavoratori avevano manifestato indisponibilità a lavorare al fianco del dipendente malato, sulla falsa premessa di un rischio di contagio della malattia; in *Kiyutin c. Russia* ha definito sproporzionato il diniego opposto a un malato di AIDS di fissare la propria residenza in Russia rispetto al fine di protezione della salute pubblica al quale esso mirava⁶²; e in *Alajos Kiss c. Ungheria* ha affermato che l’esclusione dal diritto di voto disposta in via generale per le persone soggette a misura di tutela parziale o totale a causa di disabilità intellettive, senza una valutazione caso per caso delle effettive facoltà mentali, è eccessiva e priva di equilibrio e non può trovare giustificazione nel margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati, che si riduce quando si riferisce a gruppi sociali vulnerabili e storicamente vittime di pregiudizi⁶³.

Saffi c. Italy, § 49; 17 luglio 2003, *Luordo c. Italia*, n. 32190/96, v. *Italy*. Per un caso in cui si è ritenuto che le misure fiscali disposte nei confronti della società petrolifera Yukos fossero inique ed equivalenti a una espropriazione senza indennizzo, in violazione dell’art. 6 Cedu e dell’art. dell’articolo 1 del Protocollo n. 1, v. 20 settembre 2011, n. 14902/04, *Yukos c. Russia*.

⁵⁷ Causa 16 luglio 2009, n. 20082/02, *Zehentner c. Austria*, § 73; Sentenza 25 aprile 2017, *Vaskrsić v. Slovenia*.

⁵⁸ *J.A. Pye (Oxford) Ltd and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd v. the United Kingdom* [GC], no. 44302/02, § 55.

⁵⁹ *Vaskrsić c. Slovenia*, cit.

⁶⁰ *Paradiso e Campanelli*, cit., §182; *Evans*, cit., § 77.

⁶¹ Sent. 3 Ottobre 2013, n. 552/10.

⁶² Sent. 10 marzo 2011, n. 17570/15.

⁶³ Corte EDU, 20 maggio 2010, no. 38832/06, *Alajos Kiss c. Ungheria*, § 42, nel quale si afferma “se una restrizione dei diritti fondamentali si trova ad essere applicata ad un gruppo sociale specialmente vulnerabile, vittima di particolari discriminazioni nel passato, come quello delle persone con disabilità mentale, il margine di apprezzamento dello Stato non può che essere nella sostanza ancora più ristretto e vi devono essere ragioni molto serie a sostegno delle restrizioni. La ragione a sostegno di tale approccio, che si oppone a classificazioni

Una circostanza rilevante per definire l'ampiezza del margine di apprezzamento è l'esistenza di un consenso generalizzato tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa circa un data modalità di protezione giuridica dei diritti (il cosiddetto *consensus standard*)⁶⁴. Quando l'accordo è vasto, si restringe la discrezionalità del legislatore e la Corte spinge verso l'applicazione di uno standard uniforme nella protezione dei diritti a livello convenzionale. Quando invece non c'è consenso sull'importanza relativa dell'interesse in gioco o sui mezzi più adatti a proteggerlo, e in particolare quando il caso pone questioni di ordine etico e morale di particolare delicatezza, il margine di apprezzamento è più ampio e la decisione tende ad essere favorevole allo Stato membro. Si prendano ad esempio la sentenza *Schwizgebel c. Svizzera*⁶⁵, in cui si considera giustificato il rifiuto delle autorità svizzere di autorizzare la seconda adozione da parte di una donna che aveva una consistente differenza di età rispetto all'adottando; la sentenza *Sindicatul "Păstorul cel Bun" c. Romania*⁶⁶, dove si contestava la mancata registrazione di un sindacato di sacerdoti, motivata dalle autorità pubbliche con l'esigenza di preservare la neutralità statale rispetto alle comunità religiose e conservare la loro autonomia; la pronuncia *Animal Defenders International c. Regno Unito*, ove i giudici di Strasburgo non hanno considerato una limitazione sproporzionata della libertà di espressione il divieto di trasmettere una pubblicità "animalista" in ragione del suo contenuto politico e per questo rientrante nel generale divieto di pubblicità operante in tale ambito⁶⁷.

Resta da dire, quanto alla Cedu, che la proporzionalità è stata qui configurata come parametro interno allo stesso controllo sul rispetto del principio di non discriminazione di cui all'art. 14, cioè come passaggio logico necessario per la verifica in ordine alla discriminarietà di un dato trattamento giuridico. Ha quindi un'area di applicazione più estesa che in ambito CGUE. Si legge infatti in numerose pronunce che l'articolo 14 "*does not prohibit a member State from treating groups differently in order to correct «factual inequalities» between them; indeed, in certain circumstances a failure to attempt to correct inequality through different treatment may, in the absence of an objective and reasonable justification, give rise to a breach of Article 14*"⁶⁸.

rigide, è che tali gruppi sono stati storicamente vittime di un pregiudizio che ha prodotto conseguenze di lunga durata e che è alle origini della loro attuale condizione di esclusione sociale. Tale pregiudizio può indurre la formazione di stereotipi anche nelle leggi, così da impedire la valutazione individualizzata delle capacità e dei bisogni delle persone appartenenti a detti gruppi".

⁶⁴ "The existence of a European consensus is an additional consideration relevant for determining whether the respondent State should be afforded a narrow or a wide margin of appreciation" (così *Dickson v. the United Kingdom* [GC], no. 44362/04, § 81, ECHR 2007 V, and *S.L. v. Austria*, no. 45330/99, § 31, 9 January 2003; *Kiyutin c. Russia*, 10 marzo 2011, § 65).

⁶⁵ CGUE, sent. 10 giugno 2010, ric. n. 5762/07.

⁶⁶ CGUE, sent. 9 luglio 2013, ric. n. 2330/09.

⁶⁷ CGUE, sent. 22 aprile 2013, ric. n. 48876/08. Si veda pure la sent. 7 luglio 2011, ric. n. 37452/02, *Stummer c. Austria*, in tema di considerazione a fini pensionistici del lavoro prestato in carcere;

⁶⁸ Cfr. 18 febbraio 2009, n. 55707/00, *Andrejeva c. Lettonia*, § 82; 12 aprile 2006, nn. 65731/01 e 65900/01, *Stec e altri c. Regno Unito*, § 51; 6 aprile 2000, n. 34369/97, *Thlimmenos c. Greece*, § 44; 6 luglio 2011, n. 37452/02, *Stummer c. Austria*, § 88; 18 marzo 2010, n. 42184/05 *Carson and Others c. Regno Unito*, § 61; 4 dicembre 2007, n. 44362/04, *Dickson c. Regno Unito*, § 78.

5. Controllo di proporzionalità e bilanciamento in ambito nazionale ed europeo: analogie e differenze.

Gli esempi potrebbero moltiplicarsi senza fine e i confronti fra le diverse modalità di svolgimento del test di proporzionalità potrebbero raggiungere livelli di specificazione tale da richiedere un microscopio. Sebbene anche analisi dettagliatissime rivestano un sicuro interesse per lo studioso, pare tuttavia più utile – ai limitati fini di queste pagine – svolgere una più generale riflessione sulla complessiva strategia argomentativa delle Corti e sulle premesse teoriche di questi bilanciamenti concreti, così da tracciare qualche linea di analisi e di razionalizzazione del frammentario e alluvionale materiale giurisprudenziale.

Più che censire le singole ipotesi di allineamento o disallineamento fra le giurisprudenze costituzionale ed europee, le assonanze e le dissonanze, che possono dipendere anche dalle vicende peculiari dei ricorsi o dalle modalità processuali di formulazione delle domande giudiziali, pare più proficuo chiedersi, in termini generali, se la Corte di giustizia e la Corte EDU svolgano bilanciamenti fra diritti e controlli di proporzionalità in presenza di limiti sistemici assimilabili a quelli che gravano sulle Corti costituzionali nazionali. Pare infatti evidente che le tecniche di giudizio impiegate dalle Corti sono condizionate dagli equilibri nei quali esse inscrivono la loro azioni e anzi costituiscono il riflesso della complessiva percezione di ruolo, della collocazione dell'organo di garanzia della Costituzione nelle dinamiche del sistema istituzionale. Sembra utile chiedersi, pertanto, se le Corti di Lussemburgo e di Strasburgo siano, nel loro ruolo di organi di giustizia costituzionale sovranazionale, in posizione analoga – *mutatis mutandis* – alle Corti costituzionali nazionali. Una differenza può essere colta, invero, già fra le due Corti europee dei diritti.

In effetti, è osservazione ricorrente che la Corte di Giustizia ha per lunghi anni perseguito una strategia di subordinazione sul piano assiologico dei diritti fondamentali rispetto alle libertà del mercato e alle esigenze della concorrenza. Il segno esteriore di questa precomprensione assiologica favorevole alle libertà del mercato era il dispiegarsi del test di proporzionalità solo lungo due delle tre fasi di cui si è detto: idoneità e necessità. Si registrava la sostanziale assenza, nello svolgersi del test, del terzo livello di scrutinio: quello della proporzionalità in senso stretto. La fase in cui sarebbe toccato misurare le libertà fondamentali del mercato con altri diritti per ricomporre l'equilibrio più ragionevole fra i diversi confliggenti interessi in campo veniva elusa, evitata. Le libertà mercantili si sottraevano al bilanciamento con diritti civili e sociali ritenuti di rango inferiore, e anzi venivano a conformare anche posizioni giuridiche che avrebbero meritato una diversa ricostruzione in un'ottica non meramente economicista. Il caso della tassazione della prostituzione, quando non vietata e svolta "al di fuori di qualsiasi prossenetismo", in quanto prestazione di servizi retribuita rientrante nella nozione di «attività economiche»⁶⁹ è paradigmatico di questa visione monodimensionale della socialità umana, ritagliata sul figurino isomorfo dell'*homo oeconomicus*.

⁶⁹ Sentenza 20 novembre 2001, procedimento C-268/99, *Aldona Malgorzata*, § 49, 69.

In anni più recenti, i giudici di Lussemburgo hanno cominciato a riequilibrare i piatti della bilancia, compiendo operazioni di bilanciamento fra libertà economiche e diritti fondamentali non mercantili con vantaggio per questi ultimi. Casi celeberrimi come *Schmidberger*⁷⁰ e *Omega*⁷¹ hanno visto la Corte enunciare diritti fondamentali non subalterni al mercato ed anzi limitativi delle libertà fondamentali su cui si incardina lo spazio mercantile unico⁷².

Nel caso *Schmidberger*, in merito alla proclamazione di uno sciopero che avrebbe causato un blocco dell'autostrada del Brennero per circa trenta ore, la Corte era chiamata a stabilire se il principio della libera circolazione delle merci, eventualmente in combinato disposto con l'art. 5 del Trattato, imponesse a uno Stato membro di garantire il libero accesso alle principali vie di comunicazione e se tale obbligo dovesse prevalere sulla libertà di sciopero e di riunione garantiti dagli artt. 10 e 11 della CEDU. I giudici di Lussemburgo, operando un bilanciamento fra i due principi in conflitto, hanno statuito che l'autorizzazione di tale manifestazione da parte delle autorità austriache aveva ricomposto un corretto equilibrio tra la tutela dei diritti fondamentali dei manifestanti e le esigenze della libera circolazione delle merci, chiarendo che il rispetto dei diritti fondamentali si impone sia alla Comunità sia agli Stati membri e che la tutela di tali diritti rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario.

Venendo al caso *Omega*, in esso veniva contestata la compatibilità con i principi di libera prestazione dei servizi e di libera circolazione delle merci del divieto imposto in Germania ad un'attività commerciale consistente nella gestione di un gioco in cui sono simulati omicidi, sulla premessa che esso induceva alla banalizzazione della vita e dunque a una mortificazione del valore costituzionalmente sancito della dignità dell'uomo (art. 1 GG). Nel riconoscere la preminenza assiologica annessa alla *Menschenwürde* nella Legge fondamentale tedesca, la Corte ammetteva che una simile posizione poteva anche non poggiare su una concezione condivisa da parte degli Stati membri in ordine alla tutela da apprestare ad essa; e che tuttavia tale diversità di regime protettivo – corrispondente alle diverse impostazioni di ordine morale, religioso o culturale accolte nei singoli Stati – non portava per ciò stesso ad escludere la necessità e la proporzionalità delle disposizioni nazionali oggetto di scrutinio⁷³.

Nei casi riportati venivano in questione diritti che occupano le più alte posizioni in una scala ideale di valori costituzionali. Diritti assoluti e anzi assolutissimi, fondativi di tutti gli altri e preconditione degli stessi, com'è il caso della dignità umana. Sta di fatto, però, che per la prima volta, in *Schmidberger* e *Omega*, diritti non mercantili si sono visti riconoscere la prevalenza sulle libertà del mercato.

Questo processo di maturazione in ambito UE di una vasta costellazione di diritti ha trovato compimento con il riconoscimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione euro-

⁷⁰ Sentenza 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Schmidberger*.

⁷¹ Sent. 14.10.2004, causa C-36/02, *Omega*.

⁷² Si veda anche Corte giust. 26 giugno 1997, causa C-368/95, *Familiapress*.

⁷³ Così sent. *Omega*, punto 38: "la necessità e la proporzionalità delle disposizioni adottate in materia non sono escluse per il solo fatto che uno Stato membro abbia scelto un regime di tutela diverso da quello adottato da un altro Stato membro"; v. anche, in tal senso, sentenze *Läärä* e a., cit., punto 36, e *Zenatti*, cit., punto 34; 11 settembre 2003, causa C-6/01, *Anomar* e a., punto 80).

pea dello stesso valore giuridico dei Trattati. Alle tradizionali libertà economica si sono affiancati, in posizione formalmente equiparata sul piano giuridico e quindi non gregaria su quello assiologico-valoriale, i diritti fondamentali di natura civile e politica contemplati nella Carta. Ci si è spinti, in questa scia, fino a sostenere che la teorica dei controlimiti alle limitazioni di sovranità autorizzate dall'art. 11 Cost. sarebbe ormai contraddittoria con il concetto di integrazione quale risulta dall'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia – che offre un grado di protezione dei diritti almeno analogo alle Corti nazionali – e dal conferimento di valore giuridico pieno alla CDFUE. In alcune pronunce della sezione tributaria della Corte di Cassazione si è letto addirittura che la stessa possibilità di conflitti tra diritto comunitario e diritto statale non sarebbe più concepibile in uno spazio giuridico europeo ormai integrato⁷⁴. Affermazioni affrettate, che applicazioni recenti di tale dottrina da parte di numerose Corti supreme di Stati membri hanno smentito nei fatti⁷⁵.

Anche la Corte costituzionale italiana, che si era finora limitata a prospettare la sussistenza di un controlimite comunitario dichiarando però l'inammissibilità della questione (sent. n. 232/1989), ha per due volte opposto principi supremi della Costituzione a obblighi di fonte internazionale (di natura pattizia e consuetudinaria) nelle sentenze n. 264/2012 (in tema di riconoscimento in Italia di trattamenti pensionistici maturati in Svizzera – le cd. “pensioni svizzere”)⁷⁶ e 238/2014, in relazione alla norma consuetudinaria costituente *jus cogens*⁷⁷ che esclude la giurisdizione per crimini di guerra commessi da Stati *jure imperii*.

⁷⁴ Questa l'affermazione che ricorre – identica – in almeno otto pronunce del giudice di legittimità (Cass. civ. sez. trib. 19.11.2010 n. 23418, 29.12.2010 n. 26286, 16.5.2012 n. 7659, 7660, 7661, 7663, 23.5.2012 n. 8108, 1.6.2012 n. 8817 e 8818): «La (stessa) teoria dei controlimiti, che pure trovava ragionevoli giustificazioni negli anni 70-80 del secolo scorso, quando il processo di integrazione era nelle fasi iniziali, sembra oggi in aperta contraddizione con il concetto stesso di integrazione quale risulta attualmente anche in ragione dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia – che ha fornito prove sufficienti di tutela dei diritti fondamentali – e del richiamo alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, avente valore vincolante anche nei confronti delle istituzioni europee, al punto che il conflitto tra diritto comunitario e diritto statale non sembra oggi più concepibile in uno spazio giuridico europeo veramente integrato». Per un commento, se si vuole, G. Scaccia, *Rottamare la teoria dei controlimiti?* in *Quad. cost.*, 1/2013, 141 ss.

⁷⁵ Vanno ricordate la decisione del 15 dicembre 2015 (BVR 2735/1) con cui il Tribunale costituzionale federale tedesco ha svolto per la prima volta il controllo di identità costituzionale in relazione all'applicazione di un atto normativo comunitario; la sentenza del medesimo tribunale del 18 luglio 2005 (2 BVR 2236/04) nonché la sentenza della Corte polacca P1/05 del 27 aprile 2005 sul mandato di arresto europeo; le sentenze della Corte della Repubblica ceca Sugar Quota III e Eaw del 2006, oltre alle sentenze della medesima Corte sul trattato di Lisbona (Lisbona I del 2008 e Lisbona II del 2009); la pronuncia della *England and Wales High Court (Administrative Court)* nel caso *Thoburn v. Sunderland City Council* del 18 febbraio 2002. Sentenza della Corte Suprema danese, 6 dicembre 2016, ricorso 15/2014. Sebbene tecnicamente non si configuri come opposizione di un controlimite, merita un cenno anche la sentenza del Tribunale costituzionale portoghese 5 aprile 2013, n. 187 (Acórdão 187/2013), con la quale si è dichiarata l'illegittimità, per contrasto con i principi di eguaglianza e proporzionalità, di draconiane misure di taglio degli stipendi dei dipendenti pubblici inserite nella legge di bilancio, nonostante che esse facessero parte di un pacchetto di misure concordate nel 2011 con la c.d. Troika (Commissione UE, BCE e FMI) quale contropartita di ingenti aiuti economici (sul punto, v. R. Orrù, *Crisi economica e responsabilità dei giudici costituzionali: riflessioni sul caso portoghese*, in *Dir.pubb.comp.eur.* 2014, 1015 ss.).

⁷⁶ Più nello specifico, la Corte costituzionale ha considerato legittimo, perché funzionale ad esigenze di solidarietà fiscale e di eguaglianza sostanziale, il ricorso a legge di interpretazione autentica (nella specie, la legge 27 dicembre 2006 n. 296 - legge finanziaria 2007, che aveva modificato retroattivamente i criteri di calcolo delle “pensioni svizzere” in senso non favorevole rispetto alla posizione degli assicurati), disattendendo la sentenza della CGUE del 31 maggio 2011, caso *Maggio ed altri c. Italia*, che quella medesima disciplina aveva ritenuto non giustificata da motivi imperativi di interesse generale.

Da ultimo, nell'importantissima ordinanza n. 24/2017, nel rimettere alla Corte di Giustizia dell'Unione europea questione di interpretazione dell'art. 325, paragrafi 1 e 2, del TFUE, i giudici di palazzo della Consulta hanno preannunciato di fatto l'inesistenza di un controllo limite qualora la Corte di Lussemburgo non muti l'avviso espresso nella sentenza Taricco⁷⁸.

Il riaccendersi di contrasti fra le Corti non sorprende ed è anzi il fisiologico riflesso dell'infittirsi dell'integrazione sovranazionale e dell'espandersi progressivo del diritto europeo verso ambiti finora lasciati al dominio esclusivo delle sovranità nazionali. L'improvvisa riviviscenza della teorica dei controlli limiti, che voci non isolate ritenevano fosse da confinare ormai fra i relitti del passato⁷⁹, induce però a chiedersi se – al di là dei contrasti di merito, non vi sia anche, sul piano del metodo, una qualche diversità fra Corti nazionali e Corti europee nel modo in cui viene applicato il canone della proporzionalità e sono svolte le operazioni di bilanciamento.

Tali differenze sono a nostro giudizio sensibili e possono cogliersi su svariati piani:

a. Strutturalmente diversa è, in primo luogo, la natura del controllo giurisdizionale rispettivamente svolto. Quello esercitato dalla Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale è uno scrutinio rivolto alla tutela oggettiva della Costituzione (si configura come giurisdizione di diritto oggettivo). Pur prendendo le mosse da un caso concreto, per il legame assicurato dalla pregiudizialità costituzionale con un caso di concreta applicazione giuridica, il giudizio costituzionale trascende il giudizio *a quo* e lo assume solo come punto di partenza per mettere alla prova la tenuta della regolazione generale-astratta presente nella legge. Il

⁷⁷ Come interpretata dalla Corte di Giustizia internazionale, in particolare nella pronuncia del 3 febbraio 2012, *Germania c. Italia*. La Corte costituzionale ha rilevato il contrasto tra la norma internazionale consuetudinaria in questione e il principio supremo consistente nel "diritto di agire e resistere in giudizio" a difesa dei propri diritti fondamentali violati da crimini di guerra, con violazione degli artt. 24 e 2 Cost., nella misura in cui il "diritto al giudice" rappresenta manifestazione della garanzia della dignità della persona umana posta dall'art. 2 Cost. al centro dell'ordine costituzionale (punto 3.4 del Considerato in diritto).

⁷⁸ Chiaro, in tal senso, il brano della pronuncia in cui la Corte afferma che l'interpretazione da essa avvalorata nel senso che sussista un impedimento per il giudice nazionale ad applicare direttamente la regola enunciata nella sentenza della Grande Sezione della CGUE 8 settembre 2015 nella causa C-105/14, *Taricco*, "se da un lato serve a preservare l'identità costituzionale della Repubblica italiana, dall'altro non compromette le esigenze di uniforme applicazione del diritto dell'Unione e si propone pertanto come soluzione conforme al principio di leale cooperazione e di proporzionalità". A testimonianza del grande rilievo teorico e pratico della pronuncia, i commenti sono già numerosissimi: si vedano almeno R.Mastroianni, [La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia in tema di 'controllimiti' costituzionali: è un vero dialogo?](#), [Federalismi.it](#), 5.4.2017; G. Piccirilli, [L'unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controllimiti: un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida](#), Consultaonline, [Studi2017/1](#), 16 marzo 2017; F. Bailo, [Il principio di legalità in materia penale quale controllo limite all'ordinamento eurounitario: una decisione interlocutoria \(ma non troppo!\) della Corte costituzionale dopo il caso Taricco](#), Consultaonline, [Studi 2017/1](#), 9 marzo 2017; M. Luciani, *Intelligenti pauca*, in Oss. AIC, 1/2017, 21 aprile 2017; A. Anzon, *La Corte costituzionale è ferma sui "controllimiti", ma rovescia sulla Corte europea di Giustizia l'onere di farne applicazione bilanciando esigenze europee e istanze identitarie degli Stati membri*, Oss. AIC 2/2017, 15 maggio 2017.

⁷⁹ Nella misura in cui la dottrina dei controlli limiti evoca l'idea di un confine preciso e di una separazione, anziché di un'embricazione fra sistemi, si è sostenuto che essa sarebbe ormai superata, perché disallineata rispetto all'avvenuta emancipazione del diritto UE dal suo originario fondamento esclusivamente economicista: così L. Torchia, *I vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni* 6/2011, 127 ss.; ma anche D.U. Galetta, *La previsione di cui all'art. 3, comma 1, cpv. 1 della legge di revisione del Titolo V della Costituzione come definitivo superamento della teoria dualista degli ordinamenti*, in *Problemi del federalismo* 2011, 293 ss.

giudizio della Corte non si sovrappone mai, né esaurisce i suoi effetti nella vicenda concreta, ma la assume nella sua universalizzabilità.

Al contrario il sindacato della Corte di Strasburgo, pur quando coinvolga una legge, non è “in astratto”, ma è sempre svolto con specifico ed esclusivo riguardo alle conseguenze pratico-applicative della disciplina concreta al fine di valutarne la puntuale conformità alle norme europee o alla CEDU. Il giudizio è concreto e subiettivo⁸⁰.

Inoltre, sul piano della sostanza dei diritti coinvolti nei bilanciamenti, va osservato che mentre il conflitto fra diritti civili e libertà economiche si è risolto talora a favore dei primi, al contrario l’attrazione nei giudizi della Corte di Lussemburgo dei diritti sociali – che peraltro non rientrano nella competenza dell’Unione e che secondo molti è stato arbitrario sottoporre a giudizio – non è stata funzionale al loro più ampio riconoscimento, ma piuttosto a bilanciarli secondo una precomprensione politico-ideale *pro-market*, e in ultima analisi è valso a sottoporli a processi di relativizzazione che forse in ambito nazionale non sarebbero stati altrettanto facilmente possibili. Basti citare i casi *Viking*⁸¹, *Laval*⁸², *Rüffert*⁸³.

Nel primo caso si discuteva della richiesta di un importante gestore finlandese di traghetti (*Viking*) di immatricolare le sue imbarcazioni in Estonia, con il deliberato intento di beneficiare dei più favorevoli parametri previsti per la regolazione dei rapporti di lavoro dagli accordi collettivi estoni. La Corte ha affermato che la tutela dei lavoratori costituisce un legittimo interesse in grado di giustificare, in linea di principio, la restrizione di una libertà fondamentale e che l’obiettivo della tutela e del miglioramento delle condizioni di lavoro dei marittimi rappresenta una ragione imperativa di interesse generale; inoltre ha considerato legittima l’azione sindacale collettiva quando finalizzata a proteggere i posti di lavoro e a migliorare le condizioni di lavoro, ribadendo che il diritto allo sciopero è riconosciuto dall’ordinamento comunitario.

In *Laval*, dove un’impresa edile lettone che doveva eseguire un appalto in Svezia rivendicava, in aperto contrasto con i sindacati nazionali, l’applicazione dei minimi retributivi e dei parametri stabiliti da un contratto collettivo regolarmente stipulato in Lettonia, i giudici di Lussemburgo hanno stabilito che, in assenza di una contrattazione collettiva che imponesse condizioni uniformi minime ai contratti degli edili, le trattative caso per caso fra parte datoriale e lavoratori non potevano essere imposte alle imprese straniere, “sia perché ciò renderebbe impossibile prevedere i costi, sia perché, nel caso di specie, i sindacati volevano imporre alcune condizioni superiori a quelle previste dalle stesse leggi svedesi nelle materie di cui all’art. 3, n. 1, primo comma, lett. a)-g) della direttiva”. Nonostante l’art. 3.7 della direttiva contenga una previsione che parrebbe far salve le condizioni più favorevoli, la Corte ha escluso un’interpretazione secondo la quale lo Stato membro ospitante potrebbe subordinare

⁸⁰ Corte plenaria, James e altri c. Regno Unito, sentenza del 21 febbraio 1986, § 36.

⁸¹ CGUE, 11 dicembre 2007, C- 438/05, *International Transport Workers’ Federation, Finnish Seamen’s Union c. Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*.

⁸² CGUE, 18 dicembre 2007, C-341/05; *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan e Svenska Elektrikerförbundet*.

⁸³ CGUE, 3 aprile 2008, C – 346/06, *Dirk Rüffert contro Land Niedersachsen*.

la realizzazione di una prestazione di servizi sul suo territorio al rispetto di condizioni di lavoro e di occupazione che vadano al di là delle norme imperative di protezione minima.

In sostanza, e riassumendo, in questa pronuncia il *test* di proporzionalità ha impedito un'applicazione della direttiva favorevole a un'espansione delle tutele sindacali attraverso la contrattazione collettiva⁸⁴. Come è stato osservato⁸⁵, la Corte sembra essersi preoccupata di conservare il vantaggio competitivo dei prestatori di servizi stabiliti in Paesi con più bassi costi del lavoro.

Venendo infine al caso *Rüffert*, la Corte di Lussemburgo ha dichiarato che l'obbligo disposto dalla legislazione del *Land Niedersachsen* di rispettare il minimo salariale previsto da un contratto collettivo applicabile localmente costituisca una limitazione alla libera prestazione dei servizi e in particolare contrasti con la direttiva sul distacco dei lavoratori, che impone di rispettare i minimi salariali fissati da contratti collettivi solo se di applicazione generale nel paese di distacco.

Integrazione economica e politica sociale erano, nell'impianto originario dei Trattati, dimensioni autonome; la prima non pregiudicava la diversificazione in ambito nazionale delle politiche del lavoro. Ma a partire dalle menzionate sentenze *Viking*, *Laval* e *Rüffert* anche le regolazioni laburistiche, in quanto idonee a limitare l'uniforme accesso al mercato, sono soggette a un controllo di proporzionalità che tende a privilegiare gli ordinamenti nazionali capaci di garantire una maggiore efficienza allocativa. In queste pronunce, infatti, alla libertà contrattuale dell'imprenditore si riconosce lo status di diritto fondamentale e le politiche pubbliche in generale, ma segnatamente le politiche del lavoro (compresa la contrattazione collettiva), vengono rappresentate come strumenti privati che comprimono l'esercizio della libertà di impresa. Per conseguenza, maggiore è la limitazione imposta al mercato dalle regolazioni nazionali, più elevato sarà l'onere giustificativo da assolvere nel giudizio di proporzionalità. Più elevato, dunque, il rischio di contrasto le logiche del mercato e con il diritto dell'Unione. L'effetto per il nostro ordinamento, come ha rilevato un'attenta dottrina, è che "l'azione collettiva dei lavoratori è sottoposta dalla Corte di giustizia ad uno stretto scrutinio di proporzionalità a tutela della libertà economica fondamentale dell'imprenditore, che viene quindi protetta ben al di là del contenuto essenziale", definito nella giurisprudenza della Corte di Cassazione

⁸⁴ Fra i molti commenti delle pronunce, di particolare interesse ai fini del presente lavoro è N. Hös, *The principle of proportionality in the Viking and Laval cases: An appropriate standard of judicial review?* EUI Working Papers Law 2009/06; per commenti, sovente critici, alle pronunce *Viking* e *Laval*: R. Rebhahn, *Grundfreiheiten und Arbeitskampf*, in *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*, 2008, 109; A.C. L. Davies, *One Step Forward, Two Steps back? The Viking and Laval cases in the ECJ*, *Industrial Law Journal* 2008, 126; B. Caruso *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)* in *Rass. Dir. Pubbl. Eur.*, 2008, 2, 11 ss.; M. Pallini, *Law shopping e autotutela sindacale nell'Unione europea*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, I, pp. 4 ss.; F. Vecchio, *Dopo Viking, Laval e Rüffert: verso una nuova composizione tra libertà economiche europee e diritti sociali fondamentali?*, in www.europeanrights.eu, 3 novembre 2010; E. Longo, *Viking, Laval e la costruzione dell'economia sociale di mercato in Europa*, in M. Cartabia (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna, 2011, 209 ss.; M. Colucci, *L'Unione Europea in un delicato equilibrio tra libertà economiche e diritti sindacali nei casi Laval e Viking: quando il fine non giustifica i mezzi* in *Dir. Rel. Ind.*, 2008, 1, 239 ss.

⁸⁵ M. V. Ballestrero, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in *Lavoro e diritto*, 2/2008, 389-391.

in relazione al contrapposto diritto di sciopero, che incontra l'unico limite assoluto nel divieto di recare danno alla produttività⁸⁶.

Riassumendo: far valere nei rapporti orizzontali fra privati la libertà di contratto dell'imprenditore e contrapporla ai diritti collettivi delle organizzazioni sindacali significa entrare all'interno della dinamica conflittuale laburistica rafforzando la posizione del datore di lavoro privato. Il sistema delle relazioni sociali, in tal modo, è parzialmente sottratto alla logica dell'autoregolazione attraverso il confronto dialettico fra impresa e sindacato e attratto nella sfera della discrezionalità legislativa, conformata *ab externo* dalla giurisprudenza delle Corti europee.

b. L'esame di proporzionalità è rivolto all'esame delle limitazioni dei diritti prevalentemente dal punto di vista concreto, materiale, mentre minore attenzione è rivolta ai profili formali di protezione, cioè alle garanzie istituzionali delle libertà. Emerge in particolare il problema del coordinamento fra le previsioni procedurali che sono preordinate alla salvaguardia e limitazione **dei** diritti fondamentali. L'esame di proporzionalità, rivolto al contenuto regolativo della norma e alla sua capacità lesiva dei diritti individuali, assorbe ed esaurisce le esigenze garantistiche sottese alle garanzie formali di protezione previste a livello nazionale ((riserva di legge, principio di legalità). Ma è dubbio che vi sia davvero assoluta identità e quindi fungibilità piena fra l'esigenza di una base legale e il rispetto della riserva di legge, con i corollari della tassatività e determinatezza in materia penale, per la limitazione dei diritti. La questione si è posta con solare evidenza in seguito alla sentenza Taricco della CGUE⁸⁷ e al giudizio di legittimità costituzionale che ne è scaturito, in cui alla Corte costituzionale è stato chiesto di valutare se fosse compatibile con il principio supremo di legalità e tassatività in materia penale di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., che nel nostro ordinamento costituzionale una fonte diversa dalla legge statale – e in particolare una norma di diritto primario dell'Unione europea dotata di effetto diretto (art. 325, §§ 1 e 2, TFUE), secondo l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia UE⁸⁸ – possa incidere *in malam partem* sulla determinazione dei presupposti che condizionano l'applicazione della pena nel caso concreto, estendendo l'area della punibilità rispetto a quanto risulterebbe in base alla legge statale. La risposta negativa che la Corte costituzionale ha dato con l'ordinanza 24 del 2017 – cui si

⁸⁶ S. Giubboni, *Libertà d'impresa e diritto del lavoro nell'Unione europea*, in costituzionalismo.it, 3/2016, 113. La distinzione danno alla produzione (consentito) e danno alla produttività (vietato) è stata introdotta da Cass. 30 gennaio 1980, n. 711.

⁸⁷ La Corte di giustizia ha affermato l'obbligo per il giudice italiano di disapplicare le disposizioni di cui agli artt. 160 e 161 c.p. nella parte in cui fissano un termine assoluto di prescrizione pur in presenza di atti interruttivi, in relazione a reati di frode fiscale (nella specie evasione dell'IVA) che offendono gli interessi finanziari dell'Unione europea.

⁸⁸ Interpretazione, giova ribadirlo, secondo la quale l'art. 325, §§ 1 e 2 TFUE imporrebbero al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione "che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato", anche quando – come accade in Italia - nell'ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità.

è già sopra fatto cenno – conferma che il problema delle garanzie procedurali di limitazione dei diritti è tutt'altro che pacificato nel sistema di tutela multilivello dei diritti.

Detto problema, anzi, mette a sua volta in questione l'efficacia pratica della regola a cui la Corte costituzionale ha affidato l'integrazione fra i diversi livelli di tutela e quindi, in definitiva, la regolazione dei conflitti fra Corti: la regola – declinata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 317 del 2009 – che impone sempre di dare applicazione a quella fra le regolazioni in conflitto (nazionale ed europea) che garantisce il livello di protezione più elevato. L'individuazione del punto in cui si realizza il “plus di tutela”, infatti, non può essere svolta se non si considerano sistematicamente, accanto alle garanzie materiali dei diritti, le garanzie istituzionali che ad esse sono sottese. Ne ha fornito un'anticipazione la sentenza della Corte costituzionale n. 230 del 2012, con la quale si è ritenuto che non sia sufficiente a integrare gli estremi di una “*abolitio criminis*” un mutamento di giurisprudenza tale da far ritenere “non prevista dalla legge come reato” una condotta che ha dato causa a una sentenza di condanna passata in giudicato, perché a ciò è di ostacolo la riserva di legge in materia penale⁸⁹; e lo ha rimarcato la stessa sentenza 264 del 2012, in cui la Consulta ha differenziato la tutela sistemica da essa fornita a quella frazionata e puntuale apprestata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁹⁰. Da ultimo lo ha riconfermato nel modo più autorevole e compiuto l'ordinanza 24 del 2017 sul caso Taricco, allorché la Corte, premesso che “il primato del diritto dell'Unione non esprime una mera articolazione tecnica del sistema delle fonti nazionali e sovranazionali” e che piuttosto esso implica e presuppone il rispetto del “tasso di diversità (...) necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro (art. 4, paragrafo 2, del TUE)”, ha difeso la propria competenza ad opporre al diritto dell'Unione un controlimite “procedurale”, conseguente alla violazione del principio di stretta legalità formale in materia penale, per preservare l'identità costituzionale italiana.

c. Come ha notato Norbert Reich, la Corte europea di giustizia, nel prendere posizione attraverso il controllo di proporzionalità, a favore o contro misure statali che, nella prospettiva degli Stati membri “*are usually justified by a public interest test, which have undergone a political bargaining process subject to their constitutional requirements, and which first will be subject to scrutiny by the national jurisdictions including their EU conformity (...) necessarily becomes involved in Member state policies*”⁹¹.

Il tema non può certo dirsi nuovo. Anche le Corti costituzionali nazionali devono, infatti, rintuzzare la ricorrente accusa di essere organi privi di legittimazione democratica che in-

⁸⁹ Un istituto – ricorda la Corte – che demanda il potere di normazione in materia penale, in quanto incidente sui diritti fondamentali dell'individuo e segnatamente sulla libertà personale, all'istituzione rappresentativa dell'intera collettività nazionale che esprime le sue determinazioni all'esito di un procedimento in cui è assicurato il confronto dialettico tra tutte le forze politiche e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione.

⁹⁰ Si veda il punto 4.1. del *Considerato in diritto*, dove si afferma: “Il richiamo al margine di apprezzamento nazionale elaborato dalla stessa Corte di Strasburgo, e rilevante come temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea deve essere sempre presente nelle valutazioni di questa Corte, cui non sfugge che la tutela dei diritti fondamentali dev'essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro”.

⁹¹ N. Reich, *op.cit.*, pag. 10.

terferiscono sul corso dei processi politici. Si può dire anzi di più: che la possibilità di contare su decisioni di Corti europee prevalenti sul diritto nazionale e in grado di imporre, con pena di sanzioni pecuniarie severe, l'adeguamento del sistema normativo al fine di rimuovere difetti strutturali e non sanabili in via giurisprudenziale (questo è l'effetto dei *pilot judgments*), induce minoranze isolate, prive di significative risorse finanziarie e di una presenza tangibile sui media e nell'arena comunicativa (si pensi ai detenuti) a coltivare la via giudiziale quale alternativa a forme di mobilitazione politica più onerose per ottenere interventi di tipo legislativo-amministrativo corrispondenti ai loro obiettivi politici. Amplia e integra, in tal senso, i tradizionali modi di lotta politica.

Senza poter qui approfondire una questione teorica "classica" che di troppo eccede le ambizioni di queste pagine, ci si può limitare ad osservare ai nostri circoscritti fini che fra i bilanciamenti compiuti dalle Corti costituzionali nazionali (o meglio i giudizi sui bilanciamenti ricomposti dal legislatore) e i bilanciamenti ricomposti dalla Corte di giustizia e dalla Corte EDU corre una differenza sostanziale. Solo le Corti nazionali, e non anche quelle sovranazionali, operano infatti in uno spazio condizionato dall'immanenza della forma di governo e subiscono perciò i limiti sistemici che derivano dal loro innesto negli equilibri istituzionali. Le Corti europee agiscono invece in uno spazio relativamente astratto dai condizionamenti del Politico. La Corte di giustizia e soprattutto la Corte EDU sembrano davvero incarnare in forma pura l'ideale di una giurisdizione neutrale, emancipata da qualunque condizionamento di ordine sistemico e politico perché sorta al di fuori di un apparato statale e della relazione con un organo adibito alla produzione normativa ordinaria. Una giurisdizione senza legislazione e senza Stato, in breve. In un simile contesto, è quasi del tutto assente il dialogo fra attori politici e attori giurisdizionali e viene perciò a mancare il più decisivo fattore di contenimento della creatività interpretativa dei giudici. Il confronto con gli attori politici e in particolare con il legislatore, infatti, attiva il processo circolare di *duplex interpretatio* dal quale le Corti traggono definizioni normative, criteri di ermeneusi, prassi applicative dei testi, con ciò stesso limitando la propria discrezionalità. Inoltre il dialogo con le istanze rappresentative della volontà popolare – così ben avvertibile nelle motivazioni della Corte costituzionale, che muovono sempre dall'accurata ricostruzione della *ratio legis*⁹² – definisce la cornice ambientale entro la quale si inscrivono le decisioni e consente di condividere con il legislatore la responsabilità di scelte politicamente impopolari. Una Corte che non ripercorresse, attualizzandone e razionalizzandone la volontà, la via tracciata dal legislatore, ma poggiasse il suo argomentare su concetti autonomamente e liberamente forgiati resterebbe infatti da sola a sostenere il peso di decisioni disallineate con la coscienza sociale, con effetti potenzialmente delegittimanti⁹³.

⁹² Va aggiunto che la Corte conduce la *ratio legis* alle più coerenti e sottili conseguenze, a tal punto da andare talora "*praeter legislatorem*", cioè da razionalizzare volontà del legislatore storico non sempre chiaramente esplicitate.

⁹³ Così M. Dawson, *The political face of judicial activism: Europe's law-politics imbalance*, in M. Dawson, B. De Witte, E. Muir (eds.), *Judicial activism at the European Court of Justice: causes, responses and solutions*, Edward Elgar, 2013, 28: "Rather than anchor its execution of misplaced laws in the legitimacy of the legislature, and ultimately, the popular will itself, a court relying on 'autonomous concepts' rather than legislation "must itself shoulder the burden in the case of politically unpopular decisions»

Lo stesso modo in cui si struttura il processo di decisione politica condiziona le tecniche di bilanciamento. Quando questo processo è aperto, trasparente, inclusivo – come è il caso della legislazione parlamentare nazionale – il privilegio del legislatore è più forte; vale a dire che le Corti hanno maggiori difficoltà, o se si vuole più timidezza, a rovesciare l'equilibrio di interessi ricomposto da una scelta legislativa largamente condivisa e fatta oggetto di ampio e accessibile dibattito pubblico. La *judicial modesty* si raccomanda in queste circostanze come scelta di opportunità politica⁹⁴. Quando invece, come nell'ambito giuridico europeo, prevalgono modalità di produzione normativa tecnocratiche, poco trasparenti e impermeabili a strumenti di partecipazione democratica (non esistono referendum europei), le Corti hanno minori disincentivi politici a rimodellare i bilanciamenti raggiunti in sede legislativa. Possono infatti con maggiore disinvoltura colpire leggi “senza volto” – perché non riconducibili a una “volontà popolare europea” propriamente intesa – senza pagare alcun prezzo in termini di legittimazione politica.

Non favorisce certo il dialogo con gli attori politici, e anzi lo ostacola, il fatto che le Corti ricostruiscono i conflitti fra norme legislative come conflitti fra concetti e valori costituzionali da esse stesse foggiate in via pretoria e rispetto ai quali le possibilità di elaborazione politica sono limitate. Per loro intrinseca natura, infatti, i diritti fondamentali non possono essere saturati dalla definizione legale; rifuggono la pura riduzione alla legalità e vivono piuttosto – nella dimensione sovranazionale quasi interamente – nella forma loro conferita dalla giurisprudenza. Si chiede allora Mark Dawson: “*Where Courts choose to discuss balancing through concepts and values of their own making, to what extent do they leave room for political actors to engage in a proactive dialogue?*”⁹⁵.

Manca oltre tutto, in ambito sovranazionale, quel limite estremo all'elaborazione giurisprudenziale del diritto costituzionale che è segnato dal potere di revisione costituzionale. È questo potere, in fondo, a chiudere il circuito della legittimazione politica della giustizia costituzionale, lasciando al Politico la possibilità di sanzionare, cambiando la Costituzione, interpretazioni evolutive considerate non in linea con la coscienza sociale o almeno con l'interpretazione che ne danno le forze politiche egemoni. Come il legislatore attraverso l'interpretazione autentica ribadisce il primato della *voluntas legislatoris* sul diritto vivente, dell'indirizzo politico sull'ermeneutica giurisprudenziale, così la revisione costituzionale segna il confine esterno all'interpretazione creativa del Patto fondamentale da parte dei giudici costituzionali, e quindi al *judicial activism*. Limite – sia detto *per incidens* – tanto più avvertibile quanto più ridotti sono gli aggravamenti procedurali richiesti per la revisione e quindi più facile la riforma (com'è il caso dell'Italia, dove è sufficiente la maggioranza assoluta dei voti delle Camere). Pare scontato il richiamo al *Court-packing plan* di F.D. Roosevelt; ma venendo

⁹⁴ Per *judicial modesty*, con R. A. Posner, *The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint*, in *California Law Review*, 3/2012, 521, intendiamo l'atteggiamento di deferenza nei confronti del legislatore e dell'esecutivo che ispira il cosiddetto “*deferential review of legislation*”, in contrapposizione allo *strict scrutiny*.

⁹⁵ M. Dawson, *The political face of judicial activism: EuropÈs law-politics imbalance*, in M. Dawson, B. De Witte, E. Muir (eds.), *Judicial activism at the European Court of Justice: causes, responses and solutions*, Edward Elgar, 2013, 11 ss.

a tempi e luoghi a noi più prossimi, si pensi alla modifica dell'art. 111 Cost., che ha riprodotto nel testo costituzionale norme in tema di valutazione delle prove introdotte dalla legge 7 agosto 1997, n. 267 e dalla Corte dichiarate illegittime⁹⁶.

Ebbene, la “deterrenza nucleare” rappresentata dal potere revisionale è di fatto inoperante nei confronti delle Corti di Lussemburgo e di Strasburgo. Trattati europei e CEDU, infatti, possono essere modificati solo all'unanimità e ciò è altamente irrealistico, visto il numero elevato degli Stati membri. Con la conseguenza che le Corti d'Europa, “(...) *lacking a credible threat of being censured by political institutions, have no real incentive to be politically responsive*”⁹⁷. L'interpretazione avvalorata dalle “giurisdizioni costituzionali europee” è dunque praticamente insanzionabile, se non attraverso un rigurgito di nazionalismo, con la minaccia di fuoriuscire dal sistema, e cioè revocando l'adesione all'Unione (la ferita di Brexit è ancora sanguinante) o alla CEDU⁹⁸. Nell'alternativa – egualmente scomoda – fra la pedissequa “conformazione-ottemperanza” e la radicale contestazione dei trattati, l'unica risposta possibile al *judicial activism* europeo resta così affidata al “dialogo” fra Corti, o meglio alla sottrazione dei giudici nazionali al vincolo interpretativo imposto a livello sovranazionale.

L'assenza dei limiti sistemici sopra evidenziati non è compensata neppure da testi normativi fraseggiati in modo “strettamente precettivo” o dall'impiego di test di giudizio adeguatamente limitativi della discrezionalità giudiziaria. Al contrario. Da un lato, infatti, le previsioni della Convenzione come quelle della Carta dei diritti dell'Unione europea, proprio per l'esigenza di rappresentare tradizioni giuridiche estremamente diverse, sono tanto generiche da risultare spesso “*statements of political conflict pretending to be resolutions of it*”⁹⁹; dall'altro il test di proporzionalità, come si è già anticipato, è una tecnica estremamente manipolabile, nella quale il ragionamento legale abbandona il sentiero scientifico dell'argomentazione falsificabile e controllabile sul piano della stretta argomentazione giuridi-

⁹⁶ Corte cost., sent. n. 361/1998

⁹⁷ M. Dawson, *op.cit.*, 23; V. Hatzopoulos, *Actively talking to each other: the Court and the political institutions*, in M. Dawson, B. De Witte, E. Muir (cur.), *op.cit.*, 102 ss. Si veda pure C. Carrubba, M. Gabel e C. Hankla, *Judicial Behavior under Political Constraints* (2008), *American Political Science Review* 102, 435 ss.

⁹⁸ Quanto l'assenza di un controllo esterno e finale sulle Corti possa essere rilevante lo si coglie se si considera che l'estensione progressiva dei poteri della Corte di Strasburgo è avvenuta senza alcuna modifica della Convenzione: così è stato ad esempio per l'estensione dell'effetto diretto delle decisioni (da *inter partes* a *erga omnes*) o l'autoattribuzione di poteri cautelari in assenza di base normativa o ancora la creazione dei *pilot judgments*, la cui importanza sistemica pure non sfugge. Essi, infatti, da una parte hanno sovrapposto la competenza della Corte di Strasburgo a quella del Comitato dei Ministri, al quale solo spetterebbero le misure di esecuzione delle decisioni della Corte e quindi i suggerimenti sui rimedi possibili alle violazioni strutturali di diritti fondamentali; dall'altra hanno alterato i rapporti verticali fra Stati e sistema CEDU, superando i confini della *individual justice* propri della giurisdizione CEDU. Che il fondamento delle sentenze-pilota fosse a dir poco incerto quando la Corte le ha introdotte con la sentenza *Broniowski c. Polonia* (n. 31443/96, §§189-194), appare del resto evidente se si considera che la stessa Corte di Strasburgo aveva chiesto di introdurre un'apposita modifica nella Convenzione per essere dotata di questo potere, che evidentemente riteneva di non poter esercitare in base al quadro normativo esistente. I *pilot judgments* sono stati poi, come noto, “istituzionalizzati” nell'art. 61 del Regolamento della Corte EDU.

⁹⁹ Così J.A.G. Griffith, *The Political Constitution* (1979), 42 Mod. L.R. 1, 14, a proposito della formulazione della libertà di espressione nella CEDU.

ca e si svolge secondo valutazioni di *policy* e di opportunità che accostano i percorsi motivazionali delle sentenze ai moduli argomentativi della filosofia morale¹⁰⁰.

Conclusioni

Risulta da quanto sinteticamente osservato che le Corti europee, giurisdizioni incondizionate e incondizionabili perché “senza Stato e senza sovranità”, sono nelle condizioni ideali per agire come la più alta istanza di neutralizzazione a livello continentale.

Dinanzi a giurisdizioni simili, che oltre tutto hanno saputo garantire oggettivamente una dilatazione degli ambiti e del livello di protezione dei diritti umani, è quasi irresistibile la tentazione di rinunciare del tutto ad erigere ogni barriera costituzionale. Perché non affidare ai più alti magistrati europei la scrittura del *Bill of Rights* continentale, sovraordinato alle previsioni delle Costituzioni nazionali e meritevole perciò di essere direttamente applicato con prevalenza su tutte le contrastanti prescrizioni interne, senza eccezione alcuna?

Prima di abbracciare entusiasticamente questa prospettiva, converrebbe però chiedersi se la *neutralità* delle Corti europee – intesa come indifferenza ai condizionamenti dettati dall’esigenza di inserirsi armoniosamente nella forma di governo – coincida con loro *spolitizzazione*. L’impressione è che al contrario alla base di posizioni incondizionatamente favorevoli alle Corti costituzionali sovranazionali si celi una teorica che affida quasi esclusivamente alle istanze giurisdizionali l’attuazione in chiave evolutiva e autotelica dei diritti fondamentali, e considera perciò a tale fine necessario e indispensabile il conferimento di un accentuato potere creativo alla giurisprudenza, tanto da farne l’interprete ultimo della coscienza sociale, a preferenza dello stesso legislatore democratico.

Una concezione che si iscrive nella tradizione del *legal constitutionalism* e che dissocia, almeno in parte, i diritti dalla loro dimensione politico-discorsiva, contrapponendosi a una concezione “repubblicana” (o se si vuole di “*political constitutionalism*”), diretta a conservare il primato dei circuiti democratico-rappresentativi nella conformazione giuridica delle libertà ed a contenere per quanto possibile l’attività nomopoietica della giurisprudenza, ad esempio ponendo come barriera invalicabile, e anzi come premessa logica di ogni bilanciamento il “*constitutional settlement*” ricomposto dai Padri costituenti¹⁰¹. Anche a livello nazio-

¹⁰⁰ Questa la nota critica di J. Habermas, *Recht und Moral (Tanner Lectures)*, nella trad. it. di L. Ceppa *Morale diritto politica*, Torino, 1992, 17 ss., poi ripresa e sviluppata in Id., *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Napoli, 1996, 261 ss.; con più specifico riguardo alla Corte di giustizia UE, si veda F. Fontanelli, *The Mythology of Proportionality in Judgments of the Court of Justice of the European Union on Internet and Fundamental Rights*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 36, No. 3 (2016), pp. 630 ss., dove si afferma “The language of proportionality has become a Mythology, a short-hand for legitimacy (631); e si conclude, all’esito di un’indagine sull’applicazione del test nelle questioni in cui la violazione dei diritti si manifesta nell’ambiente Internet, nel senso che: “The proportionality test, in this field, is not a heuristic device to reach the right decision. Indeed, the outcome of this contrived proportionality calculus is not falsifiable, but only opinable or contestable” (645).

¹⁰¹ G. Huscroft, *Proportionality and the Relevance of Interpretation*, in *Proportionality and the Rule of Law*, cit. 186 ss.

nale, invero, *legal constitutionalism* e *political constitutionalism*¹⁰² si contendono il campo teorico dall'istituzione stessa dei sistemi di giustizia costituzionale. *Nihil sub sole novum*, dunque. Sennonché nel contesto giuridico nazionale – diversamente da quello eurounitario e convenzionale – vi sono condizioni migliori per giungere a una conciliazione pratica fra queste due posizioni teoriche. Da un lato, infatti, le Corti costituzionali possono agire come strumenti di svolgimento e di attuazione della *political constitution* ogni volta che fluidificano i circuiti democratici anziché sostituirsi ad essi in funzione tutoria, riducendone le strettoie, ampliando i diritti di partecipazione, assicurando la trasparenza e controllabilità delle decisioni pubbliche, reagendo a posizioni di oligopolio o di blocco nel libero *marketplace of ideas*. In questa prospettiva, anche l'attivismo non è segno dell'invasione giudiziaria di spazi riservati al legislatore democratico, perché esso non disconosce il superiore valore morale della decisione democratica nella definizione dei bilanciamenti fra diritti e interessi costituzionali, ma lo assume come premessa ed è funzionale alla più equilibrata e consapevole formazione della volontà politica¹⁰³.

Da un altro lato il confronto costante fra Corti costituzionali e istituzioni politiche innescava un *democratic dialogue*¹⁰⁴ che produce l'alternanza di fasi di deferenza e di attivismo, ma consente di evitare due esiti ugualmente estremi: che il rispetto per il legislatore diventi sottomissione e che il protagonismo giudiziario si converta in prevaricazione.

Nell'ambito giuridico europeo mancano entrambe le condizioni oggettive perché possa operare l'oscillazione del pendolo fra *activism* e *deference* e tutto resta affidato al volontario *self-restraint* delle Corti, che peraltro è irrealistico attendersi.

L'unica forma di costituzionalismo praticabile sembra essere allora quella "legale", assunta peraltro – proprio per l'assenza di efficaci controlimiti interni – in una forma estrema, che potrebbe compendiarsi nella massima per cui nessun problema o conflitto costituzionale è estraneo alla competenza delle Corti e può dirsi veramente risolto finché non è risolto dalle Corti.

Questo neo-costituzionalismo imperniato sul ruolo dominante delle giurisdizioni finisce per provocare, in ultima analisi, una qualche de-politicizzazione dei diritti, uno sganciamento dalla loro dimensione storico-concreta, perché ne colloca la tutela all'interno di una

¹⁰² Intendiamo più precisamente per *political constitutionalism* quello che insiste sulla posizione centrale dei Parlamenti e delle istituzioni politiche ai fini dell'attuazione-implementazione della Costituzione; per *legal constitutionalism* quello che confida maggiormente nella *accountability* giuridica (anziché politica) delle istituzioni di governo e nella conformazione prevalentemente giudiziaria dei diritti fondamentali. La prima forma di costituzionalismo scommette sulla trasparenza dei circuiti decisionali, la partecipazione democratica, il controllo sociale e dei media quali strumenti in grado di accrescere i tratti democratici del sistema, per ciò stesso attuando la Costituzione; la seconda pone l'accento sulla maggiore attitudine delle Corti a proteggere le minoranze, ad estendere il grado di protezione di diritti fondamentali, a rendere corrispondente l'azione pubblica a principi di ragione attraverso un intenso impiego di test di ragionevolezza, e sia pure a prezzo di una riduzione dello spazio di azione e di scelta della legislazione democratica.

¹⁰³ Questo il pensiero di J.H. Ely, *Democracy and Distrust*, Cambridge, Ma, 1980.

¹⁰⁴ Sul quale ha indagato di recente A.Young, *Deference, Dialogue and the Search for legitimacy*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 30, No. 4 (2010), pp. 815 ss.

comunità politica virtuale, e non reale¹⁰⁵, né risulta dallo scontro dialettico con istituzioni politico-rappresentative.

Proprio la spoliticizzazione dei diritti, la parziale loro sottrazione alla dimensione del conflitto ideale e sociale potrebbe spiegare il successo del *test* di proporzionalità, che – per la natura procedurale e la vocazione casistica – si presta a favorire l'emancipazione dei diritti dai processi deliberativo-discorsivi di formazione dell'opinione e la loro attrazione nella dimensione giurisdizionale (anche a prezzo di una riduzione della calcolabilità giuridica e di una svalutazione dalle garanzie formal-istituzionali che li presidiano, come la riserva di legge).

Il grandioso progetto politico avviato con la creazione di uno spazio sovranazionale di tutela dei diritti al di sopra e *contro* la sovranità statale in vista della kantiana Pace perpetua – merito storico indissolubile del continente europeo – potrebbe perciò realizzarsi a prezzo del divorzio dei diritti dal Politico. Tanto da rendere non inverosimile l'approdo verso forme di un *Jurisdiktionsstaat* che affida le proprie *chance* di realizzazione più alle istituzioni giudiziarie che a quelle democratiche.

¹⁰⁵ L. Azoulay, *Judicial activism at the European Court of Justice*, in M. Dawson – B. De Witte – E. Muir (a cura di), Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, MA, 2013, 167 ss.