

CORTE EDU E CORTE COSTITUZIONALE TRA OPERAZIONI DI BILANCIAMENTO E PRECEDENTE VINCOLANTE. SPUNTI TEORICO-GENERALI E RICADUTE PENALISTICHE

Parte prima: Il bilanciamento ad hoc (o caso per caso)

di Alessandro Tesauro

Abstract. Questo articolo è suddiviso in tre parti e si occupa delle interazioni complesse che si instaurano tra bilanciamenti di competenza della Corte edu e bilanciamenti di competenza della Corte costituzionale sul terreno dei conflitti tra diritti convenzionali e interessi costituzionalmente rilevanti tutelati dal sistema penale nazionale.

La prima parte dell'articolo si concentra su un primo possibile modello di bilanciamento riscontrabile nella prassi applicativa del giudice sovranazionale, e cioè il bilanciamento ad hoc (o "caso per caso"); e arriva alla conclusione per cui, in questa prima famiglia di strategie decisionali, la Corte europea, rompendo la c.d. "connessione necessaria diritti/interessi", quel che in realtà fa è decidere casi concreti mediante gerarchie astratte che affermano il primato unilaterale del bene convenzionale sul bene giuridico protetto dal legislatore statale. Il che avviene senza alcuna predeterminazione di regole generali e astratte di bilanciamento pensate in rapporto al caso generico e avvalendosi della direttiva interpretativa del "peso sproporzionato".

Nella seconda parte dell'articolo si forniscono alcune esemplificazioni giurisprudenziali a dimostrazione dell'assunto, selezionandole tra quelle che più hanno occupato il dibattito penalistico nostrano sul tema.

La terza parte dell'articolo si concentra infine sulle ipotesi in cui effettivamente la Corte europea formula standard generali e astratti di risoluzione del conflitto tra i beni convenzionali e costituzionali in gioco mettendo però in luce il dato di fondo per cui di solito lo fa esclusivamente in base alle caratteristiche specifiche del caso da decidere; e si avvanza la tesi per cui, per produrre effetti vincolanti nei confronti delle giurisprudenze costituzionali nazionali, il bilanciamento di matrice europea o deve mettere a disposizione ex ante regole di collisione create in anticipo e al massimo livello possibile di generalità nel contesto di un'unica decisione o deve pervenire allo stesso risultato secondo la logica del precedente giudiziario, ossia in base a processi di accumulazione casistica e a giudizi di similarità/differenza ripetuti nel tempo.

C'è un sacco di spazio giù in fondo
(R. Feynman, lezione tenuta
al *Meeting* annuale
dell'*American Physical Society*,
29 dicembre 1959)

In un mondo in frantumi,
dobbiamo rivolgerci alle schegge
(C. Geertz, *Mondo globale, mondi locali*)

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Bilanciamenti *ad hoc* e bilanciamenti definitivi – 3. Un primo modello di bilanciamento riscontrabile nella prassi applicativa della Corte edu: il bilanciamento *ad hoc* – 4. La rottura della connessione concettuale diritti-interessi e la concezione dei diritti convenzionali come “scudi” – 5. La Corte edu tra analisi di proporzionalità e «regola del peso sproporzionato» – 6. La *Varvara* alle prese con il costituzionalismo contemporaneo – 7. Obiezioni e controrepliche.

1. Premessa.

Il presente saggio intende sollevare alcuni interrogativi critici su alcune questioni nodali che si agitano sul magmatico e instabile terreno dei rapporti tra Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale e giudici comuni. Si tratta di un grappolo di questioni che chiamano in causa più prospettive d'indagine – dal diritto internazionale al diritto costituzionale, dalla comparazione fra sistemi giuridici alla teoria generale del diritto – e sulle quali esiste una letteratura così cospicua, se non addirittura così esuberante, da suggerire, sulle prime, un atteggiamento prudenziale di astinenza che piacerebbe allo scrivano di Melville. Nondimeno, su alcune di tali questioni intenderemmo ugualmente (e temerariamente) soffermare l'attenzione, ma soltanto da una specifica, limitata, angolazione visuale, situata a cavallo tra teoria del bilanciamento e teoria del precedente giudiziario. Del resto, si sa che ogni ricerca è inevitabilmente ostaggio della sua prospettiva, e questo può forse in parte assolvere dai molti debiti di omessa citazione.

In questa ottica, la questione che ci proponiamo di affrontare ruota attorno a un ricorrente, grande interrogativo di fondo: a quali condizioni le decisioni adottate dalla Corte edu, sullo specifico versante dei bilanciamenti tra diritti convenzionali e interessi tutelati dal sistema penale nazionale, possono effettivamente funzionare alla stregua di “precedenti giudiziari vincolanti” per la giurisprudenza costituzionale? Il giudice delle leggi, in sede di sindacato accentratore e astratto-concreto di legittimità costituzionale *ex art. 117, secondo comma, Cost.* è *sempre* costretto, come in uno “spazio marsupiale”, al recepimento passivo delle indicazioni eventualmente contenute anche in una sola decisione giurisdizionale della Corte edu, come inclinerebbe a ritenere la posizione

standard assunta da una parte della dottrina penalistica che si è occupata più da vicino dell'argomento? O questo può accadere solo se si rispettano determinate premesse?¹ Detto in una battuta: sul piano della determinazione dei contenuti sostanziali della regola di bilanciamento, il giudice costituzionale, chiamato in causa da soggetti in posizione identica a quella del ricorrente vittorioso a Strasburgo, è davvero sempre destinato, come il *Messia* di Kafka, ad arrivare *soltanto il giorno dopo*, come sembrerebbe doversi desumere dalla prima, più "euro-entusiasta" fase di sviluppo della giurisprudenza costituzionale italiana inaugurata dalle sentenze gemelle del 2007? O questo può plausibilmente accadere solo sotto specifici presupposti, come sembrerebbe potersi desumere dalla seconda, più "euro-scettica" fase di rimediazione critica aperta dalla sentenza *Varvara* del 2015?²

Ci sforzeremo di fornire argomenti a sostegno di questa seconda, più recente, impostazione alternativa affacciata nel panorama attuale della giurisprudenza costituzionale italiana, provando a individuare almeno alcune delle ragioni concettuali soggiacenti che vi stanno presumibilmente a fondamento. E ciò con più specifico riferimento al tema cruciale delle condizioni atte a fondare un "dovere di obbedienza"

¹ Cfr. sul punto DI GIOVINE 2018, 177, la quale, a proposito della «contrapposizione ormai delineatasi in modo netto tra formalisti e antiformalisti nella *interpretazione delle sentenze CEDU*» schizza un quadro in cui «formalista si sta dimostrando una parte della giurisprudenza di merito ed anche una dottrina (il cui più autorevole e influente rappresentante in Italia è Francesco Viganò), l'una e l'altra condizionate dalla *forma mentis* giuspositivistica continentale (in modo forse un po' contraddittorio, se si considera la loro dichiarazione di apertura verso le logiche di ragionamento europee). Entrambe sembrano prendere sul serio le sentenze CEDU per il fatto di *prenderle alla lettera*: per il fatto, cioè, di riversarle in modo automatico, ma per questo anche acritico, nel sistema interno quasi fossero "leggi" e quindi con un preteso effetto vincolante (sono piuttosto ricorrenti locuzioni del tipo "sentenze-leggi" o "giurisprudenza-fonte"). Gli "antiformalisti" considerano invece tali sentenze per quello che sono, e cioè pronunce giurisprudenziali [...]. Ammettono che tali pronunce possano e debbano condizionare anche la giurisprudenza degli organi interni. Ma ritengono che tale capacità persuasiva si debba dispiegare secondo una prospettiva autenticamente deliberativa fatta dalla contrapposizione tra argomenti sostanziali. Ammoniscono cioè che il "sistema del precedente" non è innestabile *sic et simpliciter* nel nostro sistema, perché, per attecchire, presupporrebbe un diverso *humus*, e cioè diverse circostanze di contesto processuale e culturale, una raffinata tradizione di *distinguishing*, la quale implicherebbe a sua volta ben diversa attenzione nei confronti del fatto [...]. Di conseguenza, reputano le sentenze CEDU ovviamente vincolanti per lo stato condannato in relazione al caso concreto, ma insuscettibili di automatico travaso nel sistema interno». Nel delineare la sostanza della contrapposizione tra «europeisti irenici vs. europeisti critici», si tratteggia un quadro impressionistico da cui emerge che «gli europeisti affascinati sono suggestionati dalla tendenziale coincidenza di contenuti tra le diverse Carte costituzionali e credono nella portata vincolante del concetto di diritto umano da spendere come "briscola" [...] per vincere sugli interessi della collettività, quando non dello Stato, inteso in senso dispregiativo ed hobbesiano come Stato-apparato». Gli "europeisti del dubbio" invece mettono in guardia contro il rischio che il discorso sui diritti umani possa rivelarsi «sconsideratamente imperialista nella sua pretesa di universalità», e che «l'attuale "corsa ai diritti umani" della Corte edu» finisca col produrre ipertrofia inflazionistica dei diritti umani, con conseguente sovrapposizione delle rispettive aree di protezione e moltiplicarsi delle occasioni di conflitto.

² Per una efficace illustrazione dei tratti salienti che hanno caratterizzato le tappe evolutive dei rapporti tra giudice europeo e giudice costituzionale con specifico riferimento alla materia penalistica v. VALENTINI 2015, 855 ss. Per una altrettanto efficace «riflessione, dall'angolatura penalistica, sul "dialogo tra le Corti"» v. MANES 2014, 189 ss.

razionalmente giustificabile a carico del giudice delle leggi nei confronti del bilanciamento tra beni convenzionali e beni costituzionali effettuato a Strasburgo. Con un'avvertenza, però, che è bene esplicitare fin d'ora: e cioè che la questione della forza vincolante attribuibile alle decisioni giudiziarie adottate, in questo come in altri ambiti di intervento, dalla Corte edu non è una questione di "ontologia morale", non è una verità analitica o deduttiva, ma è una questione "essenzialmente contestabile", se non addirittura una questione "primariamente valutativa"³. Ossia una questione etico-politica che ammette punti di vista legittimamente divergenti. Una questione che risulta sempre compromessa con il piano delle preferenze normative e dei ragionamenti consequenzialisti e che, proprio per questa ragione, è fatalmente portata a mischiare argomenti testuali (l'art. 117 Cost., gli artt. 32 e 46 Cedu) a una certa «ideologia delle fonti del diritto»⁴ e a una certa idea dell'«autorità e delle fonti dotate di autorità»⁵.

Come si avrà modo di argomentare più diffusamente in seguito, incrociando i dati provenienti dalla teoria del bilanciamento con quelli forniti dalla teoria del precedente, ne dovrebbe venire approssimativamente questo: che la forza vincolante espressa dalle decisioni di fonte Cedu sulle giurisprudenze costituzionali nazionali finisce con l'essere strettamente legata al rispetto di una condizione preliminare indispensabile. E cioè che la Corte europea abbia saputo assolvere l'onere di generalizzare l'insieme delle condizioni in presenza delle quali il diritto convenzionale è destinato a prevalere sul concomitante interesse sociale tutelato dal sistema penale nazionale. Ossia che il sistema decisionale europeo sia riuscito nell'impresa di effettuare una ri-descrizione in chiave *universalistico-generalizzante* del caso concreto, ri-descrizione attuata tramite l'individuazione (istantanea o differita) dell'insieme delle proprietà rilevanti che fanno da presupposto all'applicazione di regole generali e astratte di bilanciamento fra i beni convenzionali e costituzionali in gioco. In breve, che l'ambiente decisionale all'interno del quale opera la Corte edu abbia saputo operare una trasformazione del "caso individuale" oggetto di ricorso in "caso generico" (o tipologico), e del caso generico in "caso paradigmatico"⁶.

³ Nel senso di HARE 1968 e GALLIE 1956.

⁴ PINO 2011b, 842 ss.

⁵ SCHAUER 2016 [2009], 105. Intuisce il punto DI GIOVINE 2015, 4: «Nella prospettiva del ragionamento per fonti, il problema della rilevanza del diritto CEDU all'interno dei sistemi nazionali non è tematizzabile in modo univoco, e troverebbe soluzioni diverse al mutare del punto di vista dell'osservatore. Le conclusioni cambierebbero cioè a seconda che si sposi un'impostazione monistica oppure una pluralistica; più prosaicamente, a seconda che a tirarle sia una Corte sovranazionale oppure una Corte costituzionale interna; un giurista internazionalista oppure un giurista di discipline interne e, in quest'ultimo caso, a seconda che l'osservatore sia un costituzionalista oppure un penalista ecc.».

⁶ In termini parzialmente coincidenti cfr. VALENTINI 2015 per il quale il trapianto del *case-law* convenzionale è subordinato ad un preventivo processo di "continentalizzazione": «l'interpretazione della Corte EDU non diventa legge sub-costituzionale se non è "generalizzante" e se non supera una fitta serie di "prove d'ingresso": il *judicial law making*, cioè, funziona solo a certe condizioni date e verificate dalla Consulta».

1.1. È bene chiarire in apertura che la principale differenza tra queste diverse declinazioni della nozione di caso giuridicamente rilevante risiede nel fatto che, mentre la nozione di *caso individuale* rimanda ad un singolo evento storico irripetibilmente contraddistinto da precise coordinate fenomeniche di ordine oggettivo e soggettivo, il concetto di *caso generico* (o “tipologico”) allude, invece, ad una fattispecie astratta ricostruita in base ad un insieme di proprietà generali ricavate per astrazione dalle specifiche caratteristiche del singolo caso concreto da decidere⁷. Mentre la nozione di caso paradigmatico presuppone la ricerca di analogie e differenze con altri casi generici di conflitto caratterizzati da proprietà assenti nello specifico caso concreto sottoposto a controllo giudiziale.

Ora, questa trasformazione in caso generico di un caso concreto di conflitto tra beni convenzionali e costituzionali pervenuto al vaglio dei giudici europei, e del caso generico in un caso paradigmatico, potrebbe teoricamente attuarsi secondo due diverse strategie decisionali fra loro alternative che, peraltro, tendono praticamente a convergere nei rispettivi esiti ultimi: e cioè, o per mezzo di un esplicito “bilanciamento definitorio” (o “categoriale”) tra i diritti e gli interessi in competizione, ospitato all’interno di una *singola* decisione e dichiaratamente concepito allo scopo di assicurare, tramite leggi di collisione a contenuto tendenzialmente universalizzante, e cioè aperte al confronto con altri casi tipologici, qualcosa di simile a una “certezza a breve termine”, concentrata, per così dire, “in un solo scatto”. Oppure, più frequentemente, per mezzo della stratificazione cumulativa di più circoscritti

⁷ Per la distinzione tra “caso individuale” e “caso generico” cfr. ALCHOURRON, BULYGIN, 2005 [1971], 32 *passim*. Per le diverse nozioni di “caso giuridicamente rilevante” v. CHIASSONI 2007, 189. Per l’impiego di una nozione in parte analoga, come quella di “caso-norma”, vista nelle sue interrelazioni concettuali con le distinte nozioni di “norma”, “sottofattispecie”, “esempio applicativo”, “precedent” e “caso processuale”, proposta nel quadro di un’indagine sulla prevedibilità dei mutamenti sfavorevoli della giurisprudenza penale, tra irretroattività oggettiva e scusabilità soggettiva v. DONINI 2019. Cfr. anche VIGANÒ 2014c, 189 ss. che, sempre nell’orizzonte concettuale della prevedibilità delle decisioni del giudice penale, a proposito dell’«attività di completamento (e dunque di *con-formazione*) del diritto di matrice legislativa ad opera della giurisprudenza» osserva che tale attività «si attua, tipicamente, mediante la formulazione da parte del giudice di una *regula iuris* specificamente ritagliata sulla tipologia di casi cui è riconducibile il caso concreto all’esame, ma che conserva carattere *generale e astratto* e funge, come tale, da (reale) premessa maggiore del sillogismo giudiziale [...]. A ben guardare, la *regula iuris* di cui qui è discorso altro non è se non il *principio di diritto* che la Corte di cassazione ha l’obbligo di enunciare quando giudica a sezioni unite o annulla con rinvio una sentenza (art. 173 disp. att. c.p.p.), nonché l’essenza dei “*motivi di diritto su cui la decisione è fondata*” che ciascun giudice ha l’obbligo di enunciare succintamente (art. 546 lett. e c.p.p.), in adempimento dell’obbligo costituzionale di motivazione dei provvedimenti giudiziari (art. 111 co. 6 Cost.). E altro non è se non quello che gli anglosassoni definiscono come la *ratio decidendi* di ogni provvedimento giudiziale, che rende idoneo – per l’appunto – tale provvedimento ad operare come precedente, e cioè come *modello di decisione* per casi consimili futuri che si presenteranno all’attenzione di altri giudici. Ciò che si indica usualmente come “giurisprudenza” è dunque l’insieme dei precedenti costituiti dalle *regulae iuris* (o, detto all’anglosassone, dalle *rationes decidendi*) – più o meno uniformi e coerenti, più o meno autorevoli secondo il grado gerarchico e il prestigio degli uffici di volta in volta giudicanti – espressamente enunciati dai giudici come premesse maggiori delle proprie decisioni in quella materia, o comunque deducibili da quelle decisioni». Fa uso in questo quadro della nozione di “sottofattispecie” CADOPPI 1999, 176. Per la nozione di caso paradigmatico v. VILLA 1993, 20 ss.

“bilanciamenti caso per caso” i quali, pur presupponendo anch’essi l’impiego, per lo più implicito, di criteri generali di soluzione del conflitto, operano, però, *one case at the time*, caso generico dopo caso generico, per mezzo di aggiustamenti incrementali a piccoli passi, come tali in grado di assicurare soltanto una “certezza a lungo termine”, diluita cioè in un orizzonte temporale più o meno ampio⁸: nel senso che sono in grado di produrre analoghi effetti definitivi non, come accade nell’ambito della prima strategia decisionale, nel contesto di un’unica decisione, bensì soltanto nel lungo periodo, grazie a aggiunte successive di nuove e ulteriori proprietà rilevanti imposte dalle peculiarità fattuali di nuove e diverse costellazioni casistiche di volta in volta sottoposte al vaglio dei giudici europei (o eventualmente anche tramite la riconferma di quelle già individuate in precedenza).

Nell’ambito della prima strategia decisionale la Corte edu opera, *mutatis mutandis*, sulla falsariga di quanto paradigmaticamente (e notoriamente) accade con il ricorso alle c.d. “sentenze-pilota”, ora espressamente codificate all’art. 61 reg. Corte edu, e cioè quel genere di sentenze con una programmatica vocazione *ultra-casistica* con cui la Corte europea – assumendo più spiccatamente i tratti di una giurisdizione di tipo sostanzialmente costituzionale – come si dice in gergo europeista, identifica “violazioni strutturali”, e cioè «situazioni interne a portata generale» che trascendono i “profili individuali” e richiedono l’adozione di “misure generali”⁹: nei (più rari) casi in cui dovesse optare per un esplicito bilanciamento definitivo con una dichiarata proiezione extra-casistica, la Corte europea, spostando maggiormente il *focus* dal caso alla legge, provvederebbe ad arricchire direttamente la lista dei presupposti richiesti dalla normativa penale statale con un’operazione concettualmente additiva che mira, intenzionalmente e “in unica soluzione”, a introdurre nel discorso legislativo nazionale requisiti per l’innanzi privi di espresso riconoscimento a livello di fatto punibile¹⁰.

Nell’ambito della seconda (e più frequente) modalità operativa, le cose invece si mettono diversamente: le regole di bilanciamento di marca Cedu si presentano infatti come regole “a formazione progressiva”, non si insediano per intero in un unico “precedente-sentenza”, non vengono create in anticipo nel contesto di un’unica, isolata

⁸ Per la distinzione tra “certezza a breve termine” e “certezza a lungo termine” cfr. LEONI 1995 [1961]. Per la distinzione tra bilanciamenti definitivi e bilanciamenti *ad hoc*, v. *infra*, § 2.

⁹ Sul tema cfr. SARDURSKY 2009, 397 ss. Per una perspicua analisi di questo tipo di giudizi che sottolinea la necessità per la Corte edu di formulare «general standards of protection of human rights», per evitare di restare confinata al ruolo di «tribunale di quarta istanza» e assumere un ruolo più simile a quello di un tribunale costituzionale, v. BESSON 2011, 125 ss; LEACH et al. 2010. Per un rapido quadro illustrativo v. BARTOLE, et al, *sub* art. 46.

¹⁰ La natura *sostanzialmente* additiva attribuibile alle sentenze interpretativo-manipolative (o “manipolative in concreto”) che la Corte potrebbe spingersi ad adottare in questi casi dipende, in estrema sintesi, dal fatto che – a differenza delle decisioni apertamente additive (o “manipolative in astratto”) – con tali pronunce il giudice convenzionale non può impegnare direttamente il livello formale della *produzione* del diritto, bensì ovviamente solo quello della sua *applicazione*: non si tratterebbe, cioè, di inserti capaci di operare con efficacia normativa immediata sul piano della formulazione linguistica della previsione legale, bensì di un’integrazione dei presupposti tipici richiesti dalla fattispecie nazionale che sottintende l’adesione della futura prassi applicativa: per un parallelo sul versante della giurisprudenza costituzionale cfr., nella dottrina costituzionalistica, SORRENTI 2000, 295.

pronuncia del giudice convenzionale, ma sono il saldo finale di una catena narrativa, più o meno lunga, di decisioni giudiziarie che genera senso nella misura in cui si svolge.

E la presumibile ragione che spiega perché sia questo il modello che più di frequente ricorre nella prassi applicativa del giudice sovranazionale è che la Corte europea di solito emette regole di bilanciamento *a contenuto parziale*, ritagliate su misura sulle specifiche tipologie casistiche volta per volta sottoposte al suo vaglio. In queste condizioni, la regola di soluzione del conflitto è, di solito, destinata ad acquistare una fisionomia relativamente stabile e definita soltanto *a posteriori*, come la risultante finale di un processo generativo che, attraverso connessioni “laterali” tra tipi di casi concreti, perviene soltanto *ex post* alla formazione di *standard* di bilanciamento con un più ampio spettro casistico¹¹. Ed è forse proprio la consapevolezza implicita che, in ambiente Cedu, la regola di bilanciamento si presenta coi caratteri di una “formazione discorsiva contingente” che non ha un’esistenza sostanziale separata dal suo graduale processo di sviluppo, ad aver spinto la giurisprudenza costituzionale nostrana, con la notissima sentenza *Varvara* del 26 marzo 2015, n. 49, a circoscrivere lo *stare decisis* costituzionale alla sola “giurisprudenza consolidata” della Corte edu. Con le parole della recentissima sentenza della Corte costituzionale n. 25 del 2019:

«la denunciata violazione del parametro convenzionale interposto, ove già emergente dalla giurisprudenza della Corte, può comportare l’illegittimità costituzionale della norma interna sempre che nelle pronunce di quella Corte sia identificabile un “approdo giurisprudenziale stabile” (sentenza n. 120 del 2018) o un “diritto consolidato” (sentenze n. 49 del 2015 e, nello stesso senso, n. 80 del 2011)».

Tutto questo sempre ammesso che si riesca davvero a rintracciare, in relazione alle diverse tipologie casistiche di conflitto di volta in volta emergenti, un sistema strutturato e coerente di precedenti, in luogo di filoni giurisprudenziali caotici e auto-contraddittori.

Come è agevole intuire, una ricostruzione come questa mette allo scoperto una doppia dimensione del precedente europeo: una *extra-sistemica*, legata al piano dei rapporti tra le Corti, e l’altra *intra-sistemica*, con una proiezione tutta interna all’ambiente decisionale della Corte edu. Nel senso che, prima di potere credibilmente funzionare come precedente vincolante *all’esterno* del suo ambiente decisionale, la

¹¹ Nell’ambito di questo più articolato processo genetico – di certo più congeniale del primo al tipo di mandato giurisdizionale conferito alla Corte edu – la regola di bilanciamento può quindi compiutamente emergere soltanto come il condensato finale di un graduale processo di *lawmaking through adjudication* in cui è la ricerca (della regola) a generare gradualmente il suo oggetto. In simili e più abituali evenienze, cioè, la regola di compatibilità tra i diritti e gli interessi coinvolti attraversa il flusso dei casi individuali e passa al setaccio di generazioni successive di precedenti, mantenendosi in uno stato di tensione costante rispetto ai propri stessi *standard*, fino a quando non si sia stabilizzata in un assetto giurisprudenziale sufficientemente consolidato.

Corte edu dovrebbe avere già maturato al suo interno *standard* di giudizio a contenuto tendenzialmente universalizzante secondo una delle due possibili modalità di formazione della regola di bilanciamento sopra sommariamente riassunte: per potere produrre un vincolo decisionale insuscettibile di variazioni nei confronti delle giurisprudenze costituzionali nazionali, o deve trattarsi di *regole di bilanciamento create in anticipo e al massimo livello possibile di generalità*, possibilmente provviste di formulazione “canonica” immediatamente accessibile *ex ante*, che ci si aspetta forniscano una guida prestabilita per il trattamento dell’intero insieme dei casi generici di conflitto conosciuti o ragionevolmente conoscibili tra i beni convenzionali e nazionali in gioco in un determinato ambito; oppure deve trattarsi di *regole di bilanciamento definite in base a processi di accumulazione casistica e a giudizi di similarità ripetuti nel tempo*: regole che costituiscono il compendio *post hoc* di un processo di progressiva messa a fuoco che avanza per “intersezione di casi”, in base ad integrazioni, rettifiche o riconferme successive. È dunque il carattere istantaneo o differito del relativo processo di formazione quel che distingue le due suddette diverse modalità *funzionalmente equivalenti* di creazione della regola di disciplina del conflitto tra diritti convenzionali e interessi penalmente rilevanti.

Ce ne occuperemo più diffusamente in seguito. Ma vale la pena di notare fin d’ora come un’impostazione siffatta, col subordinare l’efficacia vincolante delle decisioni della Corte edu alla disponibilità (immediata o differita) di criteri stabili di bilanciamento a contenuto generale e astratto, sia presumibilmente destinata ad acquistare un peso comparativamente ancora maggiore sullo specifico terreno del diritto penale: entrambe le suddette diverse modalità di formazione della regola di soluzione del conflitto tra i beni in gioco – quella istantanea (o “sincronica”) e quella progressiva (o “diacronica”) – mirano infatti a soddisfare, con modalità differenti, quelle stesse aspettative rafforzate di certezza-prevedibilità-stabilità sintetizzate dal c.d. “dovere di generalità” che una legalità penale concepita in senso conforme all’ideale del *rule of law* tenderebbe a imporre anche al campo dei rapporti tra diritti (convenzionali) e delitti (nazionali)¹².

Affrontare tali questioni presuppone, ovviamente, un’indagine preliminare su che tipo di giudice sia il giudice europeo, se nel discorso giudiziale della Corte edu prevalgano (o continuino a prevalere) i tratti della “giustizia individuale” o vengano maggiormente ad emersione i tratti di una “giustizia costituzionale”, se prevalgano modelli di argomentazione giudiziale e stili di ragionamento più improntati a un approccio individualizzante *case by case* o, al contrario, più consoni ad un approccio generalizzante che punti più decisamente sulla formalizzazione espressa di regole di

¹² Più in generale, per i nessi concettuali tra *stare decisis*, *rule of law* (e i valori sostanziali ad esso soggiacenti, primo fra tutti la prevedibilità della decisione giudiziaria) e dovere giudiziale di articolare la decisione sotto forma di norma generale, cfr. WALDRON 2012, 1 ss.

bilanciamento con una valenza *ultra-casistica*. O se il giudice europeo si mantenga, come sembrerebbe più probabile, in una posizione intermedia fra queste due polarità¹³.

L'impressione complessiva, a più riprese messa in luce dalla dottrina più consapevole¹⁴, è che, pur con un'iniziale caratterizzazione in senso marcatamente *casistico-individualizzante*, il diritto giurisprudenziale di fonte cedu si sia progressivamente sforzato di acquisire, sia pure secondo linee evolutive non sempre chiaramente riconoscibili, una più spiccata vocazione *universalistico-generalizzante*: ma che questa perenne oscillazione – se non anche questa ambiguità strutturale di fondo – tra caso individuale e regola generale, tra mediazione concettuale ed eruzione del fattuale, tra spinte all'astrazione generalizzatrice e richiami alla "contingenza radicale" della violazione concreta non sia stata mai veramente risolta¹⁵. E che dunque, a parte i casi (statisticamente meno frequenti e politicamente più impegnativi) di sentenze di tipo *normativo*, programmaticamente concepite allo scopo di rimediare al più presto, tramite *standards* universalizzanti di risoluzione del conflitto, a quelle "violazioni strutturali" consistenti nel mancato bilanciamento legislativo tra i diritti e gli interessi in causa, questo faticoso transito dal caso individuale al caso generico, e da questo al caso paradigmatico, sia il più delle volte destinato ad attuarsi soltanto tramite un innesto dei più congeniali bilanciamenti casistici del giudice europeo nella logica di fondo che governa il sistema del precedente giudiziario: quella di una progressiva messa a fuoco dei possibili contenuti della regola di bilanciamento in base a processi di sedimentazione casistica guidati da giudizi di somiglianza/differenza ripetuti nel tempo. Logica tanto più necessaria *in criminalibus* quanto più se ne considerino le ragioni sostanziali che vi stanno tradizionalmente a fondamento, prima fra tutte la prevedibilità delle decisioni giudiziarie¹⁶.

2. Bilanciamenti *ad hoc* e bilanciamenti definitivi

Ma perché agganciare la vincolatività delle decisioni della Corte edu all'avvenuta formazione all'interno del suo ambiente decisionale di regole esplicite di bilanciamento a contenuto universalizzante col compito di amministrare lo scontro tra diritti convenzionali e interessi penalmente tutelati? Alla domanda si può rispondere *in*

¹³ Per una difesa del carattere di corte costituzionale assunto dalla Corte edu, in un'ottica più generale che trascende i limiti della più circoscritta questione qui trattata su chi sia (o debba essere) a svolgere le funzioni di "giudice ultimo del bilanciamento" v. STONE SWEET 2009, 923 ss.

¹⁴ GERARDS 2008, 21 che opportunamente richiama l'attenzione sul fatto che «the Court's highly casuistic case-law and individual balancing approach would seem to be a good choice from the perspective of effective protection of fundamental rights and respect for the position of the national authorities, but it has also appeared that this approach does not fit in well with the growing demand for clarity and predictability. The Court itself has responded to this by developing a more general, constitutional approach in some areas, but the balance between offering individual relief and playing the role of a constitutional court appears to be a highly difficult one to be struck».

¹⁵ Per dirla con MEILLASSOUX 2007, 71 ss.

¹⁶ Sul punto cfr. VIGANÒ 2014c, e sul piano teorico generale GOMETZ 2012, 309 ss.

apicibus che una simile esigenza parrebbe obbedire a un duplice ordine di ragioni di fondo: a) ragioni concettuali legate a esigenze di controllabilità razionale delle operazioni di bilanciamento; b) ragioni concettuali legate a esigenze di funzionamento interno del sistema del precedente giudiziario vincolante.

A queste ragioni si potrebbero aggiungere anche ragioni concettuali più specificamente legate alla *ratio* individual-garantista della legalità penale, ossia alla conoscibilità preventiva del precetto penale in termini di prevedibilità della decisione giudiziaria e alla connessa certezza di libere scelte d'azione¹⁷: soprattutto sul terreno dell'antigiuridicità, se si pensa al contributo co-determinante che le scriminanti modellate sullo schema dell'esercizio di un diritto (convenzionale) forniscono alla stessa ricostruzione del fatto punibile, e alle intuibili ricadute che questo comporta sul terreno della prevedibilità delle decisioni giudiziarie di competenza dei giudici interni – da quelle emesse in sede di interpretazione convenzionalmente conforme, a quelle adottate in sede di giudizio di rilevanza della questione di legittimità costituzionale ex art. 117, secondo comma, Cost., per finire con le stesse decisioni di accoglimento della Corte costituzionale – se ne dovrebbe infatti ricavare la raccomandazione per la Corte europea di impegnarsi nella formulazione stabile ed esplicita di regole generali e astratte di bilanciamento che siano in grado di tutelare legittimi affidamenti dei consociati¹⁸. Una raccomandazione che, se si è disposti ad adottare una concezione

¹⁷ Come opportunamente sottolinea anche DI GIOVINE 2015, 16 «non è chiaro che cosa ne sarebbe della prevedibilità dell'esito giudiziario e più in genere del nostro diritto, se dovessimo cambiare orientamenti giurisprudenziali ogni volta che la Corte EDU muterà i propri precedenti (e, ripeto, c'è ragione di sospettare che ciò accadrà con sempre maggiore frequenza)».

¹⁸ Possono tornare utili al riguardo le più generali osservazioni di DONINI 2016, 698 ss. che – nel quadro di una critica radicale alla categoria dell'antigiuridicità come elemento autonomo del reato – in primo luogo rileva che la teoria della bipartizione sarebbe il modello di analisi del reato «che meglio esalta il *profilo garantista della dialettica fatto/scriminanti*, perché *le scriminanti completano il precetto* e dunque arricchiscono il quadro informativo *ex ante* del destinatario della legge: *non sono un terreno riservato del giudice*»; per poi concludere – con riferimento alla teoria della tripartizione – che, essendo «troppi i casi nei quali occorre discutere di diritti e doveri, cioè di antigiuridicità, ancora per capire se un fatto è stato commesso, un fatto tipico, intendo [...] *sono numerose le ipotesi in cui la valutazione di antigiuridicità e l'interpello dell'intero ordinamento giuridico risultano precedenti o contestuali alla ricostruzione del fatto come tipico*. Come da tempo evidenziato, oggi e sempre più, anziché sostenere che il fatto sarebbe mero indizio dell'antigiuridicità (altro postulato della teoria generale del reato classica), possiamo spesso dire il contrario, che è *dall'antigiuridicità, dal confronto con l'intero ordinamento, che desumiamo elementi per comprendere la stessa esistenza del fatto tipico* [...]. Ciò si capisce bene se non ci concentriamo solo su stato di necessità e legittima difesa (*situazioni* scriminanti) ma ci concentriamo su *posizioni* scriminanti (esercizio del diritto, adempimento del dovere, consenso dell'avente diritto) [...]. *Se parto dal fatto tipico resto un analfabeta*. La riflessione sul contrasto col diritto in generale ci insegna dunque a ripensare già il fatto tipico. C'è quindi un'esigenza di *garanzia* specifica rispetto a bilanciamenti, a conflitti tra norme precedenti il fatto tipico e la cui decisione avviene a monte della sua realizzazione: chi è competente a risolvere quei conflitti?». Lo stesso ordine di considerazioni, utili, nella traiettoria di indagine qui tracciata, a rilanciare il necessario carattere generalizzante della giurisprudenza della Corte edu, lo si trova espresso in un precedente scritto dello stesso DONINI 2009, 163 ss. in cui si afferma che «il giudice, e prima di lui il pubblico ministero, deve preoccuparsi, *fin dall'inizio*, di verificare se la condotta che sta analizzando è conforme ai requisiti normativi, spesso numerosi e complessi della sua "tipicità", oltre a vagliare l'esistenza di ulteriori norme permissive esterne al tipo [...]. È dunque l'assenza di diritti a indiziare la tipicità, non la tipicità che indizia

“allargata” del principio di prevedibilità della decisione giudiziaria, esteso fino a ricomprendere nel suo potenziale raggio di azione anche la specifica, perdurante rilevanza penale del fatto e il suo trattamento sanzionatorio, dovrebbe valere anche per quelle decisioni della Corte edu che non toccano il piano precettivo delle condizioni di esercizio del diritto, ma incidono sul piano delle conseguenze sanzionatorie¹⁹.

2.1. Iniziamo dalle prime. Non senza prima premettere che uno dei fattori conformativi che, forse più di altri, strutturano il discorso giudiziale della Corte edu è senz’altro da ravvisare nello scopo primario ad essa assegnato di fornire protezione effettiva ai diritti fondamentali di singoli individui: pur se potenzialmente produttiva di effetti *erga omnes*, l’attività decisionale della Corte edu punta, prima di tutto, il cannocchiale sulle specifiche circostanze del caso concreto, decide ricorsi individuali e non annulla (o manipola) testi legali. La Corte europea ha fin da subito attentamente calibrato tecniche di decisione giudiziale e strategie argomentative in conformità a questa sua missione istituzionale: un aspetto centrale del diritto giurisprudenziale di fonte Cedu può essere infatti ravvisato nell’espresso riconoscimento che ogni caso individuale che perviene al suo vaglio è differente e deve essere giudicato interamente *on its facts and merits*, in base alle sue specifiche peculiarità fattuali²⁰.

Una volta dato per assodato che l’ambiente decisionale della Corte edu mantiene, quasi per statuto, un legame genetico – pur se di intensità variabile – con il caso concreto in discussione, resta da capire quali caratteristiche può (o deve) assumere il bilanciamento che la Corte è normalmente chiamata a effettuare fra i diritti umani affidati alla sua gestione e i beni giuridici tutelati dai sistemi penali nazionali. Più precisamente: dando per scontata l’ineluttabilità del ricorso a forme di bilanciamento nel trattamento giudiziale dei diritti fondamentali, verso quale tipo di bilanciamento,

l’antigiuridicità», e ciò in connessione con la moderna consapevolezza teorica che «dopo l’analisi del fatto tipico e illecito, non c’è il “normale” confronto con l’intero ordinamento: quest’ultimo entra in gioco fin da prima, fin da subito».

¹⁹ Esprime parere favorevole nei confronti di una simile dilatazione dello spazio operativo del principio in questione, sulla base di alcune prese di posizione sul punto della giurisprudenza pertinente di Strasburgo (Corte edu, Grande Camera, sentenza 12 febbraio 2018, *Kafkaris c. Cipro*; Corte edu, Grande Camera, sentenza 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*), VIGANÒ 2014c, 230 ss., il quale segnala che «anzitutto, secondo la giurisprudenza di Strasburgo, prevedibile non dev’essere solo la (generica) illiceità della condotta, ma anche la sua specifica rilevanza penale. Non solo: prevedibile deve essere anche il tipo di pena, e (almeno grosso modo) la quantità di pena che potrà essergli inflitta in caso di commissione del fatto. La conoscibilità/prevedibilità non investe, dunque, soltanto, la parte precettiva della norma penale, ma anche le conseguenze sanzionatorie».

²⁰ Sul c.d. “individualised case-based approach” v. GERARDS 2008, 9 ss.; danno particolare risalto a questo aspetto centrale del modo di amministrare i diritti fondamentali nel sistema di giustizia sovranazionale governato dalla Corte edu CARTABIA 2007, 3573 e LUCIANI 2008, 204. Nella giurisprudenza del giudice europeo cfr., *ex multis*, Corte edu sentenza 29 marzo 1979, *Sunday Times c. UK*: «the Court has to be satisfied that the interference was necessary having regard to the facts and circumstances prevailing in the specific case before it»; sentenza 13 Agosto 1981, *Young, James and Webster c. UK*: «The Court emphasises once again that, in proceedings originating in an individual application, it has, without losing sight of the general context, to confine its attention as far as possible to the issues raised by the concrete case before it».

fra quelli teoricamente prospettabili, la prassi decisionale della Corte edu mostra di fatto di sentirsi più attratta? E quali caratteristiche dovrebbe possedere il bilanciamento effettuato a Strasburgo se vuole davvero sperare di esercitare efficacia vincolante sulle giurisprudenze costituzionali nazionali? Una domanda come questa ammette infatti risposte diversificate a seconda che si adotti rispettivamente un'ottica descrittiva (cosa la giurisprudenza della Corte edu effettivamente fa) o prescrittiva (cosa la giurisprudenza della Corte dovrebbe fare, o sarebbe bene che facesse)²¹.

Una considerazione a carattere preliminare per cominciare: il bilanciamento, almeno per come è stato configurato dalla moderna riflessione teorica in argomento, è una tecnica argomentativa di risoluzione dei conflitti tra norme (per esempio, convenzionali e/o costituzionali) funzionalmente orientata a istituire «relazioni di precedenza condizionata» fra i principi, i diritti o gli interessi coinvolti: il che avviene tramite la formulazione di apposite «leggi di collisione» col compito, appunto, di esplicitare l'insieme delle condizioni in presenza delle quali un diritto, un principio o un interesse può prevalere sull'altro. Sicché, in mancanza di bilanciamenti politico-legislativi direttamente operanti sul tessuto della fattispecie astratta, è alle mediazioni del giudice (europeo o costituzionale) che risulta affidato il compito di fissare i contrassegni ulteriori e aggiuntivi, estranei al testo dell'enunciato legale, alla cui presenza è subordinata la prevalenza di un diritto (principio, interesse) sull'altro²².

Date tali premesse, la letteratura teorico-generale e quella costituzionalistica, sulla scorta di una tassonomia largamente in uso nella cultura giuridica nordamericana, distingue, come è noto, due tipi fondamentali di bilanciamento: a) un bilanciamento "definitorio", "categoriale" o "tipologico" con una più marcata propensione all'astrazione generalizzatrice; e b) un bilanciamento *ad hoc*, "caso per caso" o "particolaristico", con una più marcata propensione alla concretizzazione individualizzatrice²³. Pur con l'ampio margine di convenzionalità che sempre incombe su simili distinzioni²⁴, vediamo più da vicino i rispettivi tratti identificativi, al limitato scopo di individuare il modello di bilanciamento più compatibile con gli specifici compiti decisionali assegnati alla Corte edu.

²¹ Per una trattazione di respiro generale sul giudizio di proporzionalità-bilanciamento effettuato dalla Corte edu, su alcune delle cui caratteristiche più rilevanti nella prospettiva qui adottata ci soffermeremo in seguito, v. STONE SWEET, MATHEWS 2008, 73 ss.

²² Sul punto cfr. PINO, 2010, 183 che – sulla scia di Alexy, cui si deve l'idea per cui le condizioni fissate dalla legge di collisione, che determina la prevalenza di un principio sull'altro, integrano il presupposto di fatto di una regola – fa osservare che «il "punto di equilibrio" raggiunto in questo processo argomentativo è condensato in una regola (che nella motivazione della sentenza svolge il ruolo di premessa maggiore del sillogismo normativo) e che è il prodotto del bilanciamento (bilanciamento prodotto o "regola del conflitto")».

²³ NIMMER 1968, 935 ss.; ALENIKOFF 1987, 979 ss.; PINO 2010, 187 ss.; PINO 2008, 118 ss.; BIN 1992b, 65 ss.; ITZCOVICH 2003, 110 ss.; CHIASSONI 2007, 163.

²⁴ Sull'«artificialità della distinzione tra definitional e *ad hoc* balancing» insiste ALENIKOFF 1987, 980 secondo cui, a giudicare da come viene trattata dalla letteratura costituzionalistica nordamericana, «è semplicemente questione di preferenze (*a matter of taste*) se un caso venga visto come esemplificazione illustrativa di un definitional o di un *ad hoc* balancing».

Ad un primo estremo si colloca il bilanciamento “definitorio” o “categoriale”: in questo tipo di bilanciamenti il conflitto tra i diritti, i principi o gli interessi in gioco viene risolto tramite la formalizzazione espressa di regole generali e astratte di compatibilità che risultano tendenzialmente applicabili anche in futuro a tutti i casi concreti di conflitto che presentino quelle stesse caratteristiche rilevanti, secondo una logica di tipo *sussuntivo*. Nel bilanciamento definitorio, quindi, la regola di soluzione del conflitto è: *esplicita* (perché enumera in modo palese e manifesto le sue condizioni di applicazione); ed è tendenzialmente *stabile* (perché, fatta sempre salva la possibilità teorica di successive revisioni dipendenti da eccezioni impreviste o imprevedibili, risulta normalmente applicabile a tutti i casi futuri di conflitto che ripresentino quello stesso insieme di proprietà generali)²⁵.

All'estremo opposto si colloca il bilanciamento *ad hoc* o “caso per caso”: almeno nelle sue prospettazioni teoriche più spinte e nei suoi esiti applicativi più radicali, si tratta di un tipo di bilanciamento in cui il conflitto tra i diritti, i principi o gli interessi in gioco verrebbe invece risolto di volta in volta, in base a una decisione particolaristica assunta alla luce delle specifiche circostanze presenti nel singolo caso in discussione: dunque, attraverso soluzioni fortemente individualizzate svincolate dall'impiego di criteri generali e astratti di bilanciamento²⁶.

In posizione intermedia tra i bilanciamenti definitivi e i bilanciamenti *ad hoc* si potrebbe poi pensare di affiancare una terza tipologia mista di bilanciamenti, molto diffusi nell'ambiente decisionale europeo, che combinano insieme elementi dell'uno e dell'altro modello puro. Si tratta di quelle tecniche di decisione dei conflitti che non rinunciano ad enucleare criteri generali di soluzione del conflitto tra i diritti e gli interessi in gioco ma lo fanno *esclusivamente* in base alle specifiche circostanze presenti nello specifico caso individuale oggetto di decisione: che, cioè, si limitano ad estrarre un solo caso generico *unicamente* ricostruito a partire dalle peculiarità del singolo caso concreto in discussione²⁷. Questa variante riconosce cioè che il bilanciamento non può – se non vuole correre il rischio di presentarsi come una strategia decisionale in larga misura priva di controllabilità razionale – sganciarsi del tutto dall'impiego di *standard* di giudizio a contenuto generalizzante, applicabili anche in futuro come guida quanto meno per la risoluzione di *casi identici*. Semmai – e lo vedremo – quel che di sicuro manca in questo tipo di bilanciamenti con connotazioni in parte casistiche e in parte definitive, è una regola di decisione che aspiri ad assolvere funzioni di tipo *lato sensu* “para-legislativo”, ossia una regola intenzionalmente formulata, appositamente concepita, in modo da risultare “proiettabile” anche su *casi analoghi* di conflitto caratterizzati da proprietà definitive ulteriori e diverse.

²⁵ Anche per questo tipo di bilanciamento per un'esaustiva illustrazione dei suoi tratti essenziali v. PINO 2010, 189; PINO 2008, 122 ss.; v. anche BAYÓN 2002, 1 ss.; MORESO 2002, 201 ss.

²⁶ L'assunto secondo cui il bilanciamento *ad hoc* prescinde dalla previa formulazione (anche solo implicita), e poi dalla successiva applicazione, di una regola è ricorrente sia nella riflessione teorica anglosassone che in quella nostrana: v. rispettivamente NIMMER 1968, 939 e ITZCOVICH 2003, 111.

²⁷ Spunti illuminanti in tal senso sono forniti da MANIACI 2005, 346.

In questo quadro, la vera caratteristica essenziale dei bilanciamenti “orientati al caso concreto” sarebbe quella di collocarsi a metà strada tra vincolo particolaristico e tendenze tipizzatrici: non sarebbe cioè da identificare nella costitutiva mancanza (nella presunta irrintracciabilità al loro interno) di una regola di decisione dei conflitti a contenuto generalizzante ma, piuttosto, nella specifica fisionomia strutturale che tale regola è destinata ad assumere in questa famiglia di strategie decisionali. Nel preciso senso che anche il bilanciamento di matrice e ispirazione casistica presuppone la presenza, alle sue spalle, di un criterio generalizzante di soluzione del conflitto: solo che, per come è costruito in giudizio, tale criterio appare potenzialmente più *instabile*, più frequentemente soggetto a successive revisioni, raffinamenti e integrazioni estensive da parte dei decisori successivi. Si tratta infatti di regole che presentano le seguenti caratteristiche: sono regole a) per lo più a formulazione implicita; b) costruite a partire dalle specifiche circostanze presenti nel singolo caso da decidere; e per questo c) più facilmente defettibili, e cioè, quasi inevitabilmente esposte a un numero imprecisato e imprevedibile di eccezioni, sotto forma di possibili future correzioni, integrazioni, adattamenti e rettifiche ad opera delle corti future²⁸.

Ma quali conseguenze è in grado di produrre all'esterno dell'ambiente decisionale amministrato dalla Corte edu la frequente adozione da parte del giudice sovranazionale di questa specifica tipologia di bilanciamenti, situati esattamente all'incrocio tra spinte particolaristiche e contropunte definitorie? Nei confronti delle giurisprudenze statali, quali conseguenze è in grado di produrre la presa d'atto del diffuso ricorso da parte del giudice convenzionale ad un tipo di bilanciamento destinato per lo più a concludersi con l'elaborazione di regole con un'esistenza potenzialmente più precaria e instabile, strutturalmente soggette ad un più pronunciato tasso di defettibilità, e cioè in molti casi (anche se non necessariamente) esposte a future eccezioni, a futuri aggiustamenti modificativi, integrazioni additive, o riconfigurazioni contenutistiche ad opera dei giudici successivi (europei o nazionali)? Tenteremo di dare una risposta a queste domande nell'ultima parte di questo lavoro, indagandone un po' più da vicino la conformazione specifica.

Prima di farlo però è opportuno soffermarsi in questa prima parte del lavoro sulle caratteristiche che il bilanciamento della Corte edu verosimilmente presenta quando assume fattezze in larga misura assimilabili a quelle del vero e proprio bilanciamento *ad hoc* o caso (concreto) per caso (concreto).

3. Un primo modello di bilanciamento riscontrabile nella prassi applicativa della Corte edu: il bilanciamento *ad hoc*.

Come abbiamo rilevato più sopra, del bilanciamento con un'impronta casistica se ne possono isolare almeno due varianti teoriche fondamentali: un bilanciamento

²⁸ Simili considerazioni sono ampiamente debitorie dei puntuali rilievi avanzati in questa direzione da PINO 2010, 189 ss.

casistico *in senso forte* (con uno statuto coincidente con il vero e proprio bilanciamento *ad hoc*) e un bilanciamento casistico *in senso debole* (con uno statuto teorico ambivalente, idealmente collocabile a metà strada tra bilanciamenti *caso per caso* e bilanciamenti definitivi), differenziabili tra loro in base al diverso grado di intensità con cui esprimono il legame *concettuale* (e cioè strutturale, necessario) che tipicamente intrattengono con il caso concreto oggetto di decisione. Varianti teoriche entrambe, a nostro avviso, proficuamente utilizzabili come chiavi di lettura per decodificare la prassi decisionale della Corte edu sul terreno delle tecniche giudiziali di risoluzione del conflitto tra diritti convenzionali e interessi nazionali penalmente rilevanti. Cominciamo con i primi.

Nel primo dei due possibili modelli ricostruttivi elaborati dall'analisi meta-giurisprudenziale condotta in sede di teoria generale su tale specifico terreno, la c.d. "rilevanza del caso concreto" – come tratto unificante di tutti i bilanciamenti con un sottofondo particolaristico – è destinata ad assumere un peso così preponderante da arrivare a compromettere irrimediabilmente il carattere generalizzante del bilanciamento giudiziale: questo primo schema di inquadramento teorico alluderebbe infatti a tutte quelle evenienze in cui «un giudice avanzi una motivazione a favore del bilanciamento gravemente insufficiente, limitandosi (quasi) semplicemente ad affermare che il principio P deve prevalere sul principio Q *nel caso concreto oggetto di decisione*»²⁹.

Si tratterebbe, a grandi linee, di tutti quei casi in cui il bilanciamento assume un carattere "assoluto" e "incondizionato", anziché "relativo" e "condizionato", in stretta correlazione col fatto che la risoluzione del conflitto tende in queste ipotesi ad assumere tratti marcati di stretta aderenza al caso concreto: in simili ipotesi, cioè, il bilanciamento non viene concepito dai giudici come "relativo" a specifiche e ben definite *tipologie* casistiche di conflitto, né viene conseguentemente "condizionato" a determinati presupposti di applicazione, ma risolve la contesa tra i diritti e gli interessi implicati senza alcuna determinazione generale e astratta di criteri di temperamento appositamente pensati per vincolare decisioni future.

Quel che preme evidenziare come tratto caratteristico di questa prima tipologia di bilanciamenti isolata dall'analisi teorico-generale maturata in argomento, è che il giudice (in ipotesi, la Corte edu), quando adotta questa strategia decisionale, ciò che in realtà fa è aggirare (silenziare, sterilizzare) il conflitto tra i diritti e gli interessi concorrenti: ad uno sguardo più disposto a demistificare immagini consolatorie o ingannevoli, si scopre che, in casi come questi, il giudice, in fin dei conti, *non bilancia*, ma quel che realmente fa è, semmai, limitarsi ad affermare, spesso senza neanche troppo dispendio di energie argomentative, il primato unilaterale del diritto sull'interesse convergente nel caso concreto da decidere. In casi come questi, cioè, quel che le corti effettivamente fanno quando dicono di bilanciare in concreto diritti, principi e interessi è, più realisticamente, decretare – spesso con giudizi di tipo quasi

²⁹ Lo studio teorico dei nessi tra bilanciamento e rilevanza del caso concreto, in tutte le loro possibili declinazioni, è svolto da MANIACI 2005, 342 ss.

“sapienziale-equitativo”, quando non addirittura auto-assertivo – il sacrificio *totale* di uno degli interessi in conflitto a completo vantaggio dell’altro, *in relazione al singolo caso individuale*, piuttosto che tenere conto di tutti gli interessi in gioco e prefigurare criteri generali e astratti di bilanciamento in grado di assicurare la loro reciproca coesistenza, *in relazione a una o più tipologie casistiche di conflitto*. Il caso concreto assume, così, in tale specifica sottoclasse di bilanciamenti particolaristici, una “forza gravitazionale” tale da spingere il giudice a concepire e praticare il bilanciamento come sinonimo di “accantonamento” o “soppressione”, piuttosto che come sinonimo di “contemperamento” o “conciliazione” degli interessi in contesa³⁰.

3.1. A proposito di questa linea di tendenza osservabile all’interno del sistema europeo di amministrazione dei diritti fondamentali, si è condivisibilmente fatto notare che il tipico carattere altamente individualizzato della giurisprudenza di Strasburgo si è tradotto nella diffusa preferenza accordata alle cadenze argomentative del c.d. *fair balancing approach* che – per come è stato non di rado concepito e praticato dalla Corte – ha finito in molte occasioni per presentarsi come una specifica controfigura dell’*ad hoc balancing*, di cui non farebbe che riprodurre i tratti caratteristici. In particolare, ciò risulterebbe particolarmente evidente nell’approccio spesso tenuto dalla Corte nell’implementare il requisito-chiave della “necessità in una società democratica”, che le c.d. “clausole di giustificazione” contenute nel testo della Convenzione affiancano alla verifica che l’interferenza sia prevista dalla legge e persegua uno scopo legittimo. Un requisito, quello della necessità, precisato nei suoi lineamenti essenziali nel c.d. *Sunday Times case* in questi termini: «bisogna decidere se la lamentata interferenza corrisponda a un “pressante bisogno sociale”, se sia “proporzionata al legittimo scopo perseguito” e se le ragioni fornite dalle autorità nazionali per giustificarla siano “rilevanti e sufficienti”»³¹.

Sembrerebbe di poter dire che la Corte abbia con ciò voluto fornire un decalogo generale che raccomanda l’adozione di un approccio “proceduralizzato”, articolato in più tappe suscettibili di essere poi ulteriormente specificate in fase di successiva implementazione applicativa del *test* di controllo proposto. E invece, «anche una superficiale analisi del successivo *case law* convenzionale avrebbe rivelato che l’impiego (retorico) di questo tipo di *test* multifase non è indicativo del modo effettivo in cui la Corte decide realmente i casi sottoposti al suo esame»³². In questa ottica si è perciò fatto rilevare che, nelle motivazioni dei giudici europei non è sempre rintracciabile una

³⁰ È la posizione sostenuta, per tutt’altri scopi (e cioè in un’ottica descrittiva e non prescrittiva) da GUASTINI 2004, 219, il quale, allo scopo di demistificare l’immagine semplice e consolatoria secondo cui l’interprete trovi quasi magicamente e con scarso dispendio di energie argomentative la chiave per risolvere il conflitto tra i diritti in gioco, osserva polemicamente che, in realtà, ciò che le corti effettivamente fanno quando dicono di bilanciare diritti o principi non è di assicurare la loro armonica coesistenza, ma di sacrificarne uno a beneficio di un altro. V. anche GUASTINI 2011, 209.

³¹ Corte edu 26 novembre 1991, *Sunday Times c. Regno Unito*.

³² Così GERARDS 2008, 11 (avvertenza per il lettore: tutte le citazioni dalla letteratura in lingua inglese riportate nel testo o in nota e rese in italiano sono traduzioni di servizio a cura dell’autore).

chiara distinzione tra pura e semplice allegazione di un'interferenza e un'analitica presa in esame delle giustificazioni a suo sostegno: col risultato di fondere e sovrapporre consapevolmente le due distinte fasi nella mescola di un unico e poco rigoroso criterio indifferenziato di controllo, appunto il "fair balance test"³³. In altri termini, quel che si vuole segnalare è che la Corte, in applicazione di un metodo di verifica così debolmente strutturato si limiterebbe in molti casi a stabilire soltanto se le autorità nazionali hanno trovato o meno un punto di equilibrio ragionevole o corretto tra i diritti e gli interessi in conflitto, spesso senza distinguere tra questioni di interpretazione astratta del diritto convenzionale violato ed esame concreto delle giustificazioni presentate a supporto dell'interferenza, e spingendosi solo di rado a verificare l'effettiva consistenza dello scopo legittimo perseguito con la misura.

Insomma, anche se a livello di programmatiche enunciazioni di principio la Corte dice di basarsi sul *test* della "necessità" per stabilire la ragionevolezza di un'interferenza, al momento di dare applicazione concreta a questo *test*, in molti casi non fa coerente impiego dei passaggi sopra menzionati come ossatura argomentativa per le sue decisioni:

«risulta chiaro da molte analisi della giurisprudenza della Corte che non c'è nessun ordine logico tra i vari elementi del *test*, e che difficilmente è rintracciabile una spiegazione plausibile del perché in alcuni casi si faccia impiego della clausola delle "ragioni rilevanti e sufficienti", e in altri del semplice accertamento della "proporzionalità al legittimo scopo perseguito". Di fatto, nella maggioranza dei casi, la Corte finisce con lo sprofondare nell'indifferenziato di un generico *test* di bilanciamento»³⁴

la cui sintassi in questo modo finisce per allontanarsi vistosamente dall'immagine *procedurale* di un bilanciamento strutturato in più fasi, per assomigliare piuttosto a un «open-ended mandate simply to "do the right thing" or "take everything into account", or make the best decision "all things considered"»³⁵. Nell'operare questo complessivo "bilanciamento delle ragioni", il giudice convenzionale solitamente avanza un'ampia varietà di considerazioni che sembrerebbero sottolineare l'importanza e il peso degli interessi in gioco, per poi però concludere spesso attribuendo all'uno o all'altro l'attitudine "ultimativa" a "rovesciare la bilancia" (*tips the scale*)³⁶. Quando adotta questo stile argomentativo, la corte non si impegna perciò in tentativi di "categorizzazione" tendenti a formulare «a rule to decide a certain type of case, which would avoid the need for balancing in later cases», preferendo a «un approccio di *judicial rule-making* [...] un approccio flessibile al bilanciamento» che «ben

³³ Sentenza 7 luglio 1989, *Soering c. UK*, dove la Corte afferma che «[...] inherent in the whole of the Convention is a search for a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights».

³⁴ GERARDS 2008. Sul punto cfr. anche VAN DIJK et al. 2006, 341.

³⁵ L'espressione è di SCHAUER 2010, 35 ss.

³⁶ In questi termini si esprime GERARDS 2008, 12.

si adatta alla giurisprudenza individualizzata e *case-based* della Corte [...] consentendole di corrispondere in modo duttile ai bisogni di protezione effettiva dei diritti fondamentali»³⁷.

3.2. Ne verrebbe all'incirca che il giudizio effettuato dal giudice sovranazionale, quando segue questo protocollo decisionale, è un giudizio *the King loses, the Queen wins*: fuor di metafora, un giudizio di prevalenza/soccombenza relativo al caso individuale che, astenendosi dal predeterminare *standard* di bilanciamento a contenuto generale e astratto, di per sé non si propone di andare oltre la risoluzione dei casi concreti di conflitto sottoposti al suo vaglio. Ossia, un giudizio che, muovendosi sui binari dell'alternativa secca "questo vince, questo perde"/violazione sì/violazione no, rinuncia in partenza a formulare "regole di preferenza condizionata" tra gli interessi in gioco costruite in rapporto a uno (o più) casi generici di conflitto³⁸. Quando la corte sceglie di adottare questo tipo di economia decisionale, il bilanciamento tende perciò ad assumere in definitiva le fattezze di un provvedimento particolare e concreto che, lungi dall'offrire, in chiave di tipizzazione normativa, criteri di bilanciamento tra diritti convenzionali e interessi costituzionali valevoli per casi futuri, in realtà non aspira di per sé a superare i confini della specifica questione controversa.

Beninteso: se si dà ragione a chi osserva che «giudicare senza generalizzazioni è impossibile, e persino le valutazioni individuali sono il prodotto di una serie di generalizzazioni di chi le formula»³⁹, anche in tali circoscritte costellazioni di ipotesi, la Corte europea decide pur sempre secondo ragioni. Ma, ad un più attento esame, si dovrebbe francamente riconoscere che, quando la Corte dei diritti decide in base a questa versione "forte" del bilanciamento casistico, si tratta – e lo vedremo – di ragioni fortemente "polarizzate", largamente condizionate dalla direttiva ermeneutica della c.d. "priorità ai diritti"⁴⁰, e cioè da una interpretazione del principio della "massima espansione delle garanzie" tutta sbilanciata a favore dei soli diritti convenzionali⁴¹. Ed allora, alla domanda se, anche in questi casi, c'è sotto una regola, si può anche rispondere che una regola c'è o può esserci: altro discorso è se si tratti di una autentica regola *di bilanciamento* pensata in rapporto al caso generico e razionalmente costruita in

³⁷ GERARDS 2008, 12.

³⁸ Come osserva ITZCOVICH 2003, 116 in sede di ricostruzione teorica delle caratteristiche salienti di (questo tipo di) bilanciamento *ad hoc*, «la regola di collisione ha la forma di un provvedimento particolare e concreto: le sole circostanze rilevanti sono quelle esplicitate dal giudice nell'argomentazione e sono rilevanti solo nel caso deciso. Detto altrimenti: l'insieme delle circostanze in presenza delle quali un principio prevale sull'altro è perfettamente determinato con riguardo al caso concreto deciso dal giudice ma è totalmente indeterminato con riguardo al caso generico o fattispecie astratta».

³⁹ Così SCHAUER 2008, 197.

⁴⁰ Per l'utilizzo di tale meta-criterio di decisione in Corte Edu v. GREER 2004, 417.

⁴¹ Come vedremo, la posizione *standard* adottata da una parte influente della dottrina penalistica che si è occupata più da vicino dell'argomento esprime appoggio incondizionato nei confronti di tale versione "unilateralista" della direttiva di giudizio universalmente nota sotto l'etichetta della "massima espansione delle garanzie", considerata come un *acquis* da sigillare contro le insidie esterne rappresentate dai bilanciamenti definitivi effettuabili dalle giurisprudenze costituzionali nazionali in nome della tutela di altri beni costituzionalmente rilevanti: VIGANÒ 2014b; VIGANÒ 2011 1989 ss.

base a una valutazione comparativa di tutti gli interessi in gioco; o se invece non si tratti, piuttosto, di una regola ispirata al principio della massimizzazione delle sole garanzie convenzionali ed esclusivamente pensata dal giudice in vista del più limitato obiettivo della risoluzione del caso concreto. Insomma, sembrerebbe esserci una differenza non trascurabile tra il risolvere *casi individuali* secondo regole di giudizio unilateralmente sbilanciate a vantaggio esclusivo di uno solo dei beni in conflitto, e risolvere *casi generici* secondo regole di bilanciamento che tengano effettivamente conto di *tutti* i diritti e gli interessi rilevanti.

Proveremo ad analizzare un po' più in dettaglio le motivazioni di fondo verosimilmente alla base di un simile atteggiamento giurisprudenziale da qui a poco. Ma quali che ne siano le giustificazioni soggiacenti, resta comunque il fatto che si tratta di un protocollo decisionale molto diverso dal decidere conflitti in rapporto a (uno o più) *casi-tipo*, com'è nella logica dei bilanciamenti definitivi. E resta il fatto che la Corte di Strasburgo può adottare un simile protocollo decisionale solo perché è una corte istituzionalmente esonerata, per ragioni legate al suo specifico mandato giurisdizionale, da compiti di *Abstrakte-Normenkontrolle*, non essendo di regola tenuta a emettere "sentenze normative" con effetti manipolativi direttamente incidenti sui testi di legge (che poi di fatto, nei casi in cui appronta regole generali di bilanciamento passibili di applicazioni future, finisca col pervenire ad analoghi risultati è tutto un altro discorso). Quando adotta questo stile decisionale, il giudice dei diritti umani può sentirsi autorizzato ad argomentare forme di prevalenza assoluta del diritto convenzionale sul concomitante interesse statale *proprio perché, e solo perché*, non è prioritariamente chiamato, per mandato istituzionale, a risolvere il conflitto in chiave definitiva tramite regole generali e astratte di compatibilità tra i diversi interessi in gioco direttamente incidenti sul tessuto normativo delle disposizioni coinvolte: ed è proprio questa auto-percezione di ruolo che può contribuire a spiegare perché il giudice europeo si senta legittimato, in tale più ristretto novero di casi, ad affermare con minori inibizioni il primato assoluto del diritto convenzionale sul concorrente bene giuridico statale: come vedremo subito, il diritto convenzionale sembrerebbe in questi casi concepito e utilizzato in sede sovranazionale come uno scudo (*shield*), una strategia decisionale che – rispetto al giudice costituzionale – al giudice europeo può riuscire comparativamente più agevole adottare proprio perché la prevalenza secca del diritto sull'interesse viene affermata con riferimento al singolo caso individuale oggetto di giudizio.

Un caso che si può considerare come emblematicamente espressivo della suddetta tendenza giurisprudenziale, e noto al dibattito penalistico nostrano, è rappresentato proprio dal caso deciso dalla sentenza *Varvara*⁴². Questa sentenza della Corte edu – al netto dei successivi tentativi della sentenza della Corte costituzionale di riconvertirne il significato in senso costituzionalmente conforme attraverso "cripto-bilanciamenti" presentati come più innocue scelte interpretative linguisticamente compatibili con le affermazioni del giudice europeo – si presta, appunto nel contesto di

⁴² Corte edu, sentenza 29 ottobre 2013 *Varvara c. Italia*.

una motivazione contraddittoriamente aperta a più interpretazioni, ad una altrettanto legittima lettura “unilateralista” che, con l’affermare la necessità di una sentenza formale di condanna per potere procedere alla confisca dei terreni abusivamente lottizzati, parrebbe orientata a massimizzare le garanzie sostanziali e processuali spettanti all’imputato ai sensi degli artt. 7 e 6 par. 2 Cedu a scapito del *bouquet* di interessi (dal paesaggio all’ambiente, dalla salute alla vita) che ad esse dialetticamente si contrappone nell’economia complessiva della particolare disposizione impugnata⁴³.

⁴³ Per alcuni commenti su questa sentenza si vedano PULITANÒ 2015; RUGGERI 2015; VIGANÒ 2015, 336; MANES 2015. Si noti che, nella prospettazione di uno dei due giudici rimettenti che hanno poi sollevato eccezione di costituzionalità, la questione viene impostata sotto il profilo di una indebita iper-protezione del diritto di proprietà. In particolare, la Cassazione richiama innanzitutto la propria recente giurisprudenza – sviluppata proprio allo scopo di adeguarsi ai principi fissati dalla Corte edu in *Sud Fondi* – secondo cui «la confisca dei terreni può essere disposta anche in presenza di una causa estintiva del reato, purché sia accertata [...] la sussistenza della lottizzazione abusiva sotto il profilo oggettivo e soggettivo, nell’ambito di un giudizio che assicuri il contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati, e che verifichi l’esistenza di profili quantomeno di colpa sotto l’aspetto dell’imprudenza, della negligenza e del difetto di vigilanza dei soggetti nei confronti dei quali la misura viene ad incidere». Vi può essere, dunque, pieno accertamento del fatto di reato e della responsabilità dei soggetti nei cui confronti la misura viene ad incidere anche nell’ambito di una sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione: e ciò basta, secondo la Cassazione, a garantire la legalità della misura, dal punto di vista dell’ordinamento interno (a fronte di una norma nazionale che condiziona la confisca ad una sentenza definitiva del giudice penale che “accerta” il reato di lottizzazione abusiva), nonché dal punto di vista delle garanzie costituzionali, come declinate dalla sentenza n. 239/2008 della Corte costituzionale. La quale ha, a sua volta, affermato che «fra le sentenze di proscioglimento ve ne sono alcune che pur non applicando una pena comportano, in diverse forme e gradazioni, un sostanziale riconoscimento della responsabilità dell’imputato o comunque l’attribuzione del fatto all’imputato medesimo». Ma il fulcro dell’ordinanza sta nell’assunto secondo cui il principio espresso nella sentenza *Varvara* si porrebbe esso stesso in contrasto con una serie di principi costituzionali, discendenti più in particolare dagli articoli 2, 9, 32, 41, 42 e, addirittura, 117 co. 1 in relazione a fonti internazionali diverse dalla Convenzione europea: norme tutte che «impongono che il paesaggio, l’ambiente, la vita e la salute siano tutelati quali valori costituzionali oggettivamente fondamentali, cui riconoscere prevalenza nel bilanciamento con il diritto di proprietà, ritenuto violato dalla sentenza *Varvara* con la condanna dell’Italia per contrasto con l’art. 1 del protocollo n. 1 della Convenzione e.d.u.». La soluzione, insomma, di vietare al giudice penale italiano – il quale pure abbia “accertato” un fatto di lottizzazione abusiva, rispetto al quale sia decorso il termine di prescrizione – di procedere alla confisca dei terreni abusivamente lottizzati comporterebbe un’ingiustificata prevalenza attribuita al diritto di proprietà, riconosciuto e tutelato nell’ordinamento costituzionale italiano soltanto nei limiti della sua “funzione sociale” (art. 41 Cost.), rispetto all’intera gamma di controinteressi, di rango prevalente nell’ottica costituzionale, sottesi alla normativa di cui è questione, determinandone così il loro definitivo sacrificio. Sulla base di tale assunto, la Cassazione – riconoscendosi evidentemente vincolata al rispetto dei principi espressi dalla Corte edu in *Varvara* – rimette la questione alla Corte costituzionale, sollecitandola a prendere posizione essa stessa sulla contrarietà dell’obbligo convenzionale di adeguamento dell’ordinamento nazionale ai superiori principi costituzionali evocati, in attuazione del criterio – costantemente enunciato dalla Consulta sin dalle sentenze gemelle – secondo cui l’ordinamento italiano è sì vincolato all’interpretazione della CEDU fornita dalla Corte di Strasburgo, nei limiti però in cui tale interpretazione risulti compatibile con l’insieme dei principi costituzionali italiani. Più in particolare, la Cassazione solleva «questione di legittimità costituzionale dell’art. 44, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001, come interpretato dalla Corte EDU (sentenza *Varvara*) nel senso che la confisca ivi prevista non può applicarsi nel caso di dichiarazione di prescrizione del reato anche qualora la responsabilità penale sia stata accertata in tutti i suoi elementi, per violazione degli artt. 2, 9, 32, 41, 42, 117, primo comma, Cost. – i quali impongono che il paesaggio,

Se lo si vuole dire con uno *slogan*, quel che a conti fatti accade è che, in tale più ristretto fascio di ipotesi, ciò che, in realtà, la Corte europea fa, anziché bilanciare in senso proprio, è “risolvere casi *concreti* in base a gerarchie *astratte*”⁴⁴: quando si orienta per tecniche decisorie sostanzialmente assimilabili al bilanciamento *ad hoc*, il giudice sovranazionale emette decisioni che, per un verso, sono finalisticamente orientate a risolvere casi concreti contraddistinti da specifiche caratteristiche fattuali, e che, per altro verso, vengono giustificate in base a un ordine oggettivo di valori (una *Objektive Wertordnung*), concepito come un *a priori* per decidere conflitti tra beni antagonisti.

L'impressione complessiva che se ne può ricavare è che in queste ipotesi la Corte edu – trattando i diritti convenzionali come oggetti “autoapplicativi” per risolvere casi individuali – scelga di adottare un approccio che le consente di aggirare gli oneri decisionali altrimenti imposti dal ricorso alla procedura del bilanciamento definitorio e con questo finisca, in fin dei conti, con l'esibire più i tratti di una corte del caso concreto che della fattispecie astratta, che qui si presenti più con le sembianze di una corte dei diritti col compito di dare ragione o torto nel caso singolo che non con quelle di un vero e proprio *giudice del bilanciamento* capace di impegnare il livello dei casi generici e delle connesse proprietà rilevanti: una corte che mostra di essere attratta – per adottare griglie concettuali tradizionalmente in uso nel *milieu* giuridico nordamericano – più verso il polo della *rights adjudication* che non verso quello della *judicial review of legislation*.

Ora, questa ben riconoscibile tendenza di fondo, questa propensione che, a più riprese, il giudice europeo torna a manifestare per un bilanciamento *ad hoc* concepito “in senso forte”, pur se di fatto può convivere con l'opposta tendenza contingente alla formulazione di leggi di collisione strutturate in rapporto al caso generico, mette allo scoperto uno dei tratti che più ci sembra caratterizzino il peculiare modo di amministrare i diritti fondamentali nell'ambito di questo primo modello ricostruttivo: vale a dire, la rottura della “connessione necessaria diritti-interessi”.

4. La rottura della connessione concettuale diritti-interessi e la concezione dei diritti convenzionali come “scudi”.

Due avvertenze metodologiche prima di cominciare: la prima è che i rilievi che seguono si ambientano, piuttosto che nel più circoscritto ambito disciplinare del diritto costituzionale italiano o del diritto europeo, nel più generale terreno delle indagini

l'ambiente, la vita e la salute siano tutelati quali valori costituzionali oggettivamente fondamentali, cui riconoscere prevalenza nel bilanciamento con il diritto di proprietà – in quanto la norma suddetta, come sopra interpretata, non tiene conto di tale bilanciamento, che deve essere sempre operato qualora siano in gioco opposti interessi costituzionalmente protetti, anche qualora gli uni trovino tutela nella Cedu e gli altri nella Costituzione italiana (v. Corte cost. n. 264 del 2012)».

⁴⁴ Sull'implausibilità dell'idea di una gerarchia astratta o di un ordine logico di priorità tra diritti e principi costituzionali v. BIN 2000 15 ss. Come puntualmente osserva CELANO 2005b, 487, nt. 38, «le ragioni assumono un peso solo nel loro contrasto, e nel loro bilanciamento».

filosofiche sulla natura e sulla struttura dei diritti; la seconda è che la questione che affrontiamo qui è di “meta-analisi del ragionamento giuridico”, si incentra, cioè, sulla struttura del ragionamento e delle argomentazioni *rights-based* che tipicamente svolge una corte dei diritti come la Corte edu, ma non si sofferma per ora sull’analisi di dettaglio degli apparati argomentativi effettivamente adottati in specifici *settings* decisionali dal giudice europeo.

Fatta questa doverosa premessa, veniamo alla questione centrale. I diritti (convenzionali) contano: ma possono essere *tutto* quello che conta? E se sì, quando questo potrebbe di fatto accadere?

A questo proposito, un problema ricorrente della riflessione teorico-generale che si interroga sulla struttura dei diritti – problema che tende a riproporsi inalterato sul piano dei rapporti tra corte europea e corti nazionali – è quello di come organizzare le relazioni complesse che di regola si stabiliscono tra i diritti e il *background* di considerazioni di tipo *lato sensu* consequenzialista che stanno solitamente a fondamento dello sciamè di interessi che ad essi dialetticamente si contrappone (per es. appunto l’interesse collettivo alla salute e alla conservazione dei beni paesaggistico-ambientali). Considerazioni di *policy* non di rado fornite di copertura costituzionale (quanto meno indiretta o implicita) che, nei processi di deliberazione pubblica sui diritti, occupano (o dovrebbero occupare) una porzione significativa del quadro decisionale complessivo⁴⁵.

In questa cornice, possono assumere rilevanza, anche ai fini di una migliore e più approfondita comprensione del “posto” rispettivamente occupato da Corte sovranazionale e Corti costituzionali nazionali nell’architettura decisionale multilivello in cui sono inserite, i rilievi mossi da alcune delle punte più avanzate della riflessione costituzionalistica nordamericana a proposito dei rapporti tra diritti e interessi⁴⁶. Il programma teorico di queste correnti dottrinali d’oltreoceano è quello di tentare di capire se sia sensato trattare i diritti (nel nostro caso, i diritti convenzionali) e gli interessi (nel nostro caso, i contro-interessi nazionali costituzionalmente garantiti e penalmente tutelati) come «parti di uno stesso calcolo decisionale», mantenendo al tempo stesso un qualche significato plausibile alla loro presunta separatezza concettuale. La risposta fornita al riguardo dalle impostazioni che stiamo considerando è che questa mossa di riconciliazione teorica è impossibile: e se ne trae la conseguenza che diritti concepiti su basi deontologiche (come potrebbero essere i diritti convenzionali) e interessi di taglio e matrice prettamente consequenzialista (come potrebbero essere gli interessi protetti dal legislatore penale) siano da intendere come “concettualmente interconnessi” o “necessariamente interdipendenti”, e debbano pertanto essere inevitabilmente collocati «nello stesso contenitore cognitivo (*in the same intellectual hopper*), in modo da dare luogo ad un solo computo decisionale»⁴⁷.

⁴⁵ Con specifico riferimento alla giurisprudenza della Corte edu v. in generale MCHARG 1999, 671.

⁴⁶ Il riferimento è al lavoro di FALLON 1993, 343.

⁴⁷ FALLON 1993, 345, 361, 363, 365, 376.

A volere sinteticamente ricapitolare i passaggi argomentativi essenziali del ragionamento che conduce alla conclusione della necessaria interconnessione tra “diritti, interessi e poteri”, l’assunto di partenza è costituito dall’osservazione, in sé difficilmente contestabile, per cui i diritti fondamentali possono essere (e di fatto sono) superati da meri “*non rights-based governamental interests*” (nel nostro caso, per es., interessi rilevanti sotto il profilo politico-criminale e dotati di copertura costituzionale anche implicita). Ora, il fatto che i diritti – persino quelli tradizionalmente concepiti sotto le insegne dell’incommensurabilità tipica dei c.d. *kantian categorical rights* – siano, a certe condizioni, destinati a retrocedere di fronte a interessi antagonisti d’ispirazione consequenzialista, si spiegherebbe appunto in forza del postulato di base per cui, al fondo degli uni e agli altri, si troverebbero nient’altro che interessi: al cuore dei diritti ci sarebbero cioè interessi sostanziali ontologicamente non dissimili dai bisogni sociali non protetti nelle forme dei diritti, interessi tra i quali non sussisterebbe un’eterogeneità strutturale e funzionale così netta da renderli reciprocamente non comparabili⁴⁸. Questa omogeneità ontologico-sostanziale, unita alla supposta presenza di un fondo genetico comune, dovrebbe condurre alla conclusione per cui i diritti e gli interessi che ad essi strutturalmente si contrappongono debbano essere visti come necessariamente interconnessi tra loro.

È da queste premesse di fondo che si ricava l’importante conseguenza pratica per cui diritti e interessi dovrebbero essere trattati come *elementi che fanno (o dovrebbero fare) sempre parte di uno stesso calcolo decisionale*⁴⁹: se diritti, interessi e poteri (di amministrare gli interessi sostanziali che vi stanno alla base) sono da considerare come concettualmente interdipendenti, ne deriva allora che le corti che (come la Corte edu) sono impegnate nel compito primario di prendere decisioni sui diritti, dovrebbero essere necessariamente implicate nel compito, altrettanto primario, di prendere decisioni contestuali sugli interessi: per dirla con uno slogan, *courts that are in the rights business are necessarily in the interests business*. Con la conseguenza rilevante ai nostri fini

⁴⁸ È questo, ridotto al nocciolo, il nucleo essenziale della c.d. *Interest Theory*, su cui, nella letteratura italiana, per tutti CELANO 2013, 39 ss. Nella letteratura anglosassone v. KRAMER 1998, 61 ss.

⁴⁹ FALLON 1993, 352, 360 ss., il quale, partendo dalla premessa epistemologica ed etico-politica di fondo per cui «i diritti riflettono interessi» – dimodoché «quali interessi verranno protetti, in quali modi e con la mediazione di quali diritti dipende, molto più che da considerazioni meta-storiche di razionalità ai principi, da ragionamenti storicamente contingenti ispirati a razionalità strumentale» – afferma che «il più ovvio, ma non per questo meno interessante, banco di prova che dimostra l’interdipendenza concettuale tra diritti individuali e poteri governativi – una interdipendenza mediata dal concetto di interesse – chiama in causa il bilanciamento. In casi che implicano bilanciamenti, gli interessi governativi vengono valutati nel confronto con gli interessi sottostanti alle definizioni dei diritti costituzionali. Il punto cruciale è che concettualmente sono le necessità pratiche a delimitare il diritto: nel senso che il diritto non è definito da qualche processo indipendente, esterno alla considerazione degli scopi perseguiti dal potere governativo [...]. La definizione dei diritti protetti dipende dal bilanciamento degli interessi sottostanti ai diritti con gli interessi sottostanti al riconoscimento dei poteri. Gli uni si specificano in relazione agli altri, ed è per questo che il bilanciamento è attratto verso il polo degli interessi sostanziali sottostanti». Per concludere che «all’interno della nostra pratica costituzionale, i diritti dipendono pervasivamente da una appropriata valutazione giudiziale degli scopi perseguiti dal potere governamentale. Pensare ai diritti come a dei vincoli concettualmente indipendenti è generalmente fuorviante».

che, se la Corte europea è portata, in decisioni del tipo di quelle che stiamo esaminando, a spezzare questo nesso di implicazione necessaria, toccherebbe in seconda battuta alle corti costituzionali il compito di ripristinarlo *ex post*⁵⁰.

4.1. Purtuttavia, il riconoscimento della possibilità che i diritti umani, nonostante il loro carattere fondazionale “profondo” siano anch’essi passibili di essere controbilanciati e superati – nel sistema di giustizia costituzionale nord-americano come altrove – da interessi di rango meno elevato, non costituirebbe, secondo alcuni filoni della riflessione giusfilosofica statunitense, un indizio risolutivo a sostegno dell’idea che postula la necessaria esistenza di una connessione originaria tra i diritti (per es. convenzionali) e gli interessi (per es. statali), visti come posizioni geneticamente correlate, funzionalmente interconnesse e ontologicamente assimilabili da inserire nello stesso computo decisionale e da sottoporre *sempre e comunque* a bilanciamento. La mossa-chiave tentata da questa diversa impostazione teorica è rappresentata da una rinnovata concezione dei “diritti come scudi” (*rights as shields*)⁵¹: una raffigurazione probabilmente in grado di fornire una sponda teorica utile per tentare di decifrare con maggiore precisione il senso complessivo della prassi decisionale della Corte ed quando si astiene dal bilanciamento e si mostra, per converso, più propensa ad affermare il primato secco del diritto convenzionale sul bene giuridico tutelato dalla normativa penale nazionale.

Sfruttando le suggestioni metaforiche di un accostamento analogico con la diversa capacità protettiva che un’armatura è in grado di fornire contro aggressioni rispettivamente provenienti da armi di piccolo o di grosso calibro, questa riconcettualizzazione dei diritti come scudi, a differenza delle più consuete raffigurazioni “alla Dworkin” o “alla Nozick” dei diritti come *trumps* o *side constraints*⁵², consentirebbe di ripensare i diritti come ragioni “qualificate”, pur sempre capaci di esprimere un peso rafforzato nel processo decisionale, senza però con ciò dover essere costretti a considerarli per forza come “posizioni assolute”, come tali *sempre* in grado di imporsi su ogni altro interesse o considerazione confliggente: a intendere i diritti in questo modo, ci si accorge infatti che, in realtà, ciò che i diritti fanno è di agire da filtro selettivo *ex ante* che sbarra l’accesso a (da “ragioni escludenti” potenzialmente capaci di

⁵⁰ Cfr. BIN 1992b, 73 per il quale «sembra doversi concludere che nessun interesse è escluso, già in linea di principio, dal bilanciamento, solo perché risulti *prima facie* eccessivamente debole o, all’opposto, in posizione di “privilegio” assoluto. Se non valgono gerarchie definitive, non è neppure possibile tracciare tipologie di interessi che, poste a confronto, rivelino relazioni stabili di sovraordinazione o di sott’ordinazione, tali da rendere superfluo l’ulteriore corso del processo di bilanciamento».

⁵¹ Per questa concezione v. SCHAUER 1992-1993, 428 ss.

⁵² DWORKIN 1977, 90 ss., 190 ss.; NOZICK 1974, 26 ss. Una tesi analoga, pur se avanzata a partire da presupposti filosofico-giuridici diversi, è quella che concepisce i diritti come *excluded reasons*: il legislatore non può interferire con l’area coperta da un diritto, se non per proteggere il medesimo interesse che è oggetto del diritto stesso (tutti gli altri interessi, individuali e collettivi, incompatibili con l’interesse che giustifica il diritto sono fuori questione): PILDES 1994, 711 (si tratta dell’applicazione ai diritti costituzionali dell’idea delle *exclusionary reasons* sviluppata con riferimento in generale al ragionamento pratico da J. RAZ; HALBERSTAM 2007, 166 ss.

sgombrare *fin dall'inizio* il campo da) restrizioni al loro campo di applicazione che risultino assistite da «giustificazioni di piccolo calibro» (o, più realisticamente, da restrizioni che siano reputate tali dal giudice in base a giudizi di valore preventivi dell'interprete sul modo di concepire i beni in conflitto). I diritti rinvergono così il loro significato essenziale e la loro caratteristica forza decisionale nella loro disponibilità ad ammettere di volta in volta arretramenti nella loro sfera applicativa *solo se* si tratta di arretramenti imposti dall'«alto livello di giustificazione» presentato a sostegno della prevalenza da accordare all'interesse rivale, in mancanza del quale la piena e regolare affermazione del diritto nel caso concreto non può trovare ostacoli, trattandosi della posizione di *default*: il suo tratto tipico, quello che lo distingue da tutte le altre posizioni soggettive, sarebbe dunque «il diritto di reclamare questo alto livello di giustificazione» per potere giudicare come ammissibili violazioni compiute in nome del contro-interesse antagonista prevalente (il c.d. *compelling interest*)⁵³.

Ora, lasciando da parte la questione della sua condivisibilità intrinseca, l'impresa teorica di riconfigurare i diritti come scudi nel modo sopra abbozzato a grandi linee può, a nostro avviso, servire come utile strumento descrittivo per fornire un resoconto grosso modo attendibile di quello che potrebbe essere, nell'ambito della sotto-classe di casi che stiamo esaminando, l'ispirazione di fondo che presumibilmente orienta l'atteggiamento decisionale di una corte dei diritti come la Corte europea nel gestire di volta in volta «la dialettica in sospeso» diritti-interessi nei singoli casi concreti di conflitto sottoposti al suo esame. Vediamo brevemente perché.

Come abbiamo notato, questa originale ricostruzione aspira a presentarsi come un modello esplicativo in base al quale impostare i rapporti tra diritti e interessi in modo radicalmente alternativo rispetto a quello presupposto dalla sopra sintetizzata tesi della connessione necessaria: la concezione che raffigura i diritti come scudi, infatti, per un verso, riconosce che diritti e interessi possono interferire (e interferiscono) normalmente tra loro ma, per altro verso, sostiene che la mera interferenza tra essi rinvii ad un legame molto più debole del nesso concettuale non rescindibile tra diritti e interessi presupposto dalla tesi della loro interdipendenza strutturale. Un tipo di legame, in ogni caso, ben lontano dall'imporre come ineluttabile il ricorso a forme di bilanciamento giudiziale.

In questa più inedita prospettiva, il fenomeno della possibile soccombenza dei diritti per effetto della simultanea presenza nel caso concreto di un blocco di interessi di sufficiente intensità viene spiegato non più attraverso il ricorso alla tesi di fondo per cui diritti e interessi sono strutturalmente e funzionalmente connessi tra loro, bensì attraverso la prospettiva alternativa per cui i diritti, in realtà, agiscono più come scudi che come briscole contromaggioritarie: con la conseguenza che in questo modo i diritti, pur potendo retrocedere nel contatto con meri interessi, possono continuare ad essere trattati come elementi con un diverso contenuto assiologico-sostanziale e una diversa radice genealogica – rispettivamente a carattere basicamente deontologico e

⁵³ Per questo inquadramento della questione cfr. SCHAUER 1992-1993, 428 ss.

basicamente consequenzialista – e, soprattutto, non devono per forza entrare a far parte dello stesso calcolo decisionale.

Il nodo cruciale, anche al fine di chiarire il senso e la portata delle operazioni compiute dalla Corte edue quando risolve la partita diritti *vs.* interessi in termini di rigida prevalenza/soccombenza, è che rigettare l'assunto dell'interconnessione concettuale diritti-interessi a vantaggio della diversa concezione che vede i diritti come scudi, non è un'operazione puramente teorica, asettica e ideologicamente neutrale, bensì un'operazione strumentale al conseguimento di obiettivi pragmatici di politica dei diritti fondamentali: serve cioè ad escludere che le corti istituzionalmente competenti a decidere sui diritti debbano giocoforza *sempre* pronunciarsi in pari tempo sugli interessi concorrenti con essi in conflitto, che le corti dei diritti, come la Corte europea, siano necessariamente chiamate a operazioni di bilanciamento nel contesto delle quali «gli interessi governamentali e la loro importanza siano permanentemente sottoposti a regolare ispezione». E questo perché «se si fa cadere l'assunto dell'interconnessione necessaria, è possibile solo affermare che gli interessi sono una preoccupazione delle corti *quando e solo quando* interferiscano sui diritti in modo sufficientemente intenso». Insomma:

«a differenza del decisore impegnato in bilanciamenti politici o giudiziari, il decisore che opera all'interno di questo modello non si spinge fino a valutare se tutti gli interessi convergenti nella medesima fattispecie concreta siano stati identificati e presi in esame, ma si concentra invece su un compito primario di più ridotta estensione, quello della protezione dei diritti fino al limite in cui (*unless and until*) i controinteressi con essi in competizione non si presentino con una forza tale che il loro potere non possa essere più trascurato»⁵⁴.

Un simile modello di analisi meta-giurisprudenziale presuppone perciò una certa “psicologia della decisione”, presumibilmente riscontrabile anche nell'atteggiamento decisionale non di rado assunto anche della Corte europea: presuppone cioè un decisore che possa essere (e sentirsi) abilitato a coprire con un “velo di ignoranza” alcuni fattori potenzialmente rilevanti (o anche «l'intero universo dei possibili fattori da considerare, tranne uno»: il diritto, nel nostro caso il diritto a base convenzionale), a meno che non si presentino in concreto con un «grado particolarmente elevato di intensità». E cioè, un rango e un peso così alto da obbligare il giudice al bilanciamento. Si tratterebbe dunque di fattori «presuntivamente, anche se non conclusivamente, esclusi dal processo decisionale»⁵⁵.

L'impostazione teorica che configura i diritti (anche convenzionali) come scudi, avanza dunque una ricostruzione che non nega in radice la capacità potenziale di incidere a loro favore sulla decisione a fattori – gli interessi – almeno in prima battuta presuntivamente esclusi dal processo decisionale: si limita più cautamente ad

⁵⁴ SCHAUER 1992-1993, 431.

⁵⁵ SCHAUER 1992-1993, 432.

affermare che tali fattori sono normalmente considerati “*out of the table*”, «cioè abitualmente non ricadenti sotto attiva cognizione giudiziale, ma possano contingentemente presentarsi con un peso e un'intensità tali da non potere più essere estromessi dal campo decisionale»⁵⁶.

Come si può facilmente intuire, però, il punto debole di una prospettazione come questa risiede tutto nel modo di articolare in giudizio simili considerazioni sostanziali di “peso” o “intensità”. È evidente infatti che, essendo abbastanza difficile credere nell'esistenza di una improbabile “aritmetica della ponderazione”, le valutazioni giudiziali di peso o intensità, qualunque cosa si voglia con ciò intendere, nascondono in realtà un “vuoto centrale” che è possibile colmare solo con considerazioni etico-politiche condensate in cripto-bilanciamenti inespressi. Sicché la permeabilità di tali valutazioni alle precomprensioni dell'interprete sul modo di concepire i beni in conflitto (a partire dalla loro stessa commensurabilità-comparabilità) finisce di fatto con l'appiattare di molto la pretesa differenza tra la concezione dei diritti come “scudi” e la più nota idea dei diritti raffigurati come “carte vincenti” o “assi pigliatutto” o come “ragioni escludenti”.

Sia come sia, la cornice teorica che abbiamo riassunto nei suoi tratti essenziali ci sembra si presti ad esplicitare, meglio di altre, il sottofondo concettuale latente dei processi di aggiudicazione che tipicamente si svolgono davanti a una corte dei diritti come la Corte edu quando adotta strategie argomentative con cui pretende di auto-esonerarsi dal bilanciamento fra gli interessi sostanziali in contesa e dal correlativo onere di formulare regole generali e astratte di soluzione del conflitto⁵⁷.

Quel che qui più rileva non è infatti prendere posizione sul problema teorico se sussista o meno l'ipotizzato nesso di interdipendenza strutturale e funzionale tra il “cespuglio” di diritti e il fascio di interessi normalmente convergenti nella stessa vicenda da giudicare. Ai nostri fini è sufficiente piuttosto fermarsi alla meno impegnativa constatazione empirica per cui il giudice europeo dei diritti umani, nel sottoinsieme di casi che stiamo esaminando, parrebbe mostrare maggiore familiarità col modello che mette al centro i diritti convenzionali concepiti come scudi nel senso sopra precisato, e poca o nessuna confidenza col modello del bilanciamento, almeno se concepito non come un giudizio di prevalenza/soccombenza di un bene sull'altro, ma come una tecnica di decisione dei conflitti che presuppone la connessione necessaria tra i beni in gioco e punta ad arricchire la fattispecie legale di requisiti ulteriori per assicurarne la reciproca coesistenza; mentre il giudice costituzionale – in conformità al suo ruolo istituzionale di presidio strategico a servizio della commensurabilità, collocato a metà strada fra protezione giurisdizionale dei diritti e politica legislativa

⁵⁶ Così sempre SCHAUER 1992-1993, 431.

⁵⁷ «Specie quando sono in gioco diritti umani con una base di legittimazione di tipo deontologico (e forse con riferimento a tutti i diritti costituzionali, a prescindere dai loro fondamenti filosofici) la protezione giudiziale sembra, sia descrittivamente che normativamente, concentrare maggiormente il *focus* sul diritto e il suo profilo contenutistico, e molto meno sugli interessi concorrenti che potrebbero plausibilmente imporsi come prevalenti, come vorrebbe suggerire invece il modello del bilanciamento»: SCHAUER 1992-1993, 432.

degli interessi penalmente protetti – ha senz’altro più familiarità con un modello di bilanciamento che contiene in sé il cromosoma della connessione necessaria diritti/interessi⁵⁸.

In conformità alle premesse teoriche fin qui riassunte, si potrebbe a questo punto avanzare l’ipotesi che, in fondo, a fare la differenza, sia la prevalente polarizzazione dei rispettivi compiti decisionali sulla fattispecie concreta o sulla fattispecie astratta: si potrebbe cioè ipotizzare che, quando si è chiamati a giudicare in via principale sulla violazione del diritto convenzionale *nel caso concreto*, l’effettiva presa in esame degli interessi statali concorrenti possa essere interpretata dai giudici europei, in linea con la concezione che intende i diritti come scudi, come un’eventualità non ineluttabile, destinata a scattare solo a certe condizioni (e cioè, come abbiamo visto, solo quando i *non rights-based interests*, gli interessi tutelati dal legislatore penale nazionale, vengano reputati *nella fattispecie concreta* come dotati di forza o peso particolarmente intenso, con tutto il corredo di prese di posizione valutative a monte che ciò solitamente comporta); mentre invece, quando ci si deve dedicare al diverso compito di giudicare in ordine alla legittimità costituzionale della *normativa penale astratta*, sia pure attraverso la mediazione dei casi concreti, la considerazione congiunta e la successiva valutazione comparativa degli interessi sostanziali in causa, anche se non sempre rigorosamente effettuata secondo il noto giudizio trifasico di idoneità-necessità-proporzionalità, è comunque un’operazione coesistente al tipo di sindacato specificamente devoluto al giudice delle leggi, essendo la verifica giudiziale del bilanciamento legislativo degli interessi una caratteristica strutturale indeclinabile dei controlli di ragionevolezza delle leggi⁵⁹. Quel che va quindi messo in rilievo è che, se

⁵⁸ È significativo in questo senso che «il sistema normativo degli Stati, nel contesto argomentativo della Corte di Strasburgo, assurga ad elemento di fatto (oltretutto accidentale) tra altri elementi di fatto (vuoi anche omissioni), tutti utili a stabilire l’unica cosa che interessa, e cioè se vi sia stata la lesione (di quello che la Corte reputa) un diritto fondamentale»: così DI GIOVINE 2015, 4. Sul punto cfr. CARTABIA 2015, 45 che, sulla scorta di analoghe osservazioni della giurisprudenza costituzionale, sottolinea il diverso modo di intendere il nodo dei rapporti tra diritti e interessi che caratterizza l’operato della Corte europea e della Corte costituzionale mettendo in luce il dato per cui «mentre la Corte europea dei diritti dell’uomo, investita tramite ricorso individuale diretto [...] tende alla massima espansione delle garanzie in senso individualistico; l’altra in senso sistemico».

⁵⁹ Con più generale riferimento alla diversa fisionomia dei due tipi di giudizio cfr. SCACCIA 2017, 21, il quale rileva come sia «strutturalmente diversa, 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 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 subiettivo». Per un’analisi di tipo “anatomico-strutturale” sul *test* di proporzionalità – da intendere più specificamente come quel protocollo argomentativo articolato nei tre classici passaggi dell’idoneità-necessità-proporzionalità in

per un giudice come la Corte europea, istituzionalmente incaricato di occuparsi, almeno in prima istanza, di violazioni individuali e concrete ai diritti fondamentali, la connessione necessaria tra diritti convenzionali e interessi costituzionalmente rilevanti, da trattare come elementi di uno stesso calcolo decisionale, può essere concepita come un'evenienza più eccentrica rispetto agli scopi di tutela perseguiti dal sistema nel suo complesso, e dunque come un dato normalmente destinato a rimanere silente o "sottotraccia", salvo riemergere soltanto in circostanze percepite come più straordinarie, per un giudice come la Corte costituzionale, impegnato com'è ad effettuare controlli di ragionevolezza sull'assetto legislativo degli interessi in gioco così come disciplinato a livello di tipizzazione astratta della fattispecie, un simile atteggiamento decisionale fa invece parte del suo ordinario approccio epistemologico e del suo più consueto bagaglio operativo⁶⁰.

È proprio qui, nel diverso trattamento riservato dai due sistemi giurisdizionali al nodo della connessione necessaria tra diritti e interessi, che si può forse rintracciare il senso ultimo della rivendicazione che la Corte costituzionale nostrana ha fatto della visione non frazionata e "parcellizzante", ma al contrario olistica e "globalizzante", dei diritti e degli interessi costituzionalmente garantiti che ne caratterizzerebbe l'operato in qualità di titolare di una riserva esclusiva di bilanciamento delle ragioni convenzionali e costituzionali in conflitto⁶¹: una visione uni-contestuale e interconnessa dei diritti e degli interessi in gioco che, a differenza del giudice europeo, il giudice costituzionale sarebbe necessariamente tenuto ad avere proprio in considerazione del tipo di giudizio ad esso richiesto, un giudizio che, pur partendo dal caso concreto, ha sempre per oggetto la fattispecie astratta e per esito conclusivo un possibile intervento manipolativo sulla sua struttura.

In chiusura si può poi incidentalmente notare anche che una strategia *uguale e contraria* di "fuga dal bilanciamento", non di rado messa in campo dalla giurisprudenza europea, consiste nel frequente appello che in più occasioni la corte sovranazionale fa al margine di apprezzamento statale, concepito però in chiave *sostanziale*, come (comodo) strumento per escludere che i diritti umani del ricorrente siano stati violati dalla misura statale convenzionalmente sospetta: una mossa questa

senso stretto (o bilanciamento propriamente detto), che scompone e sistematizza le diverse valutazioni da effettuare nel contesto dell'indagine sull'ammissibilità di una interferenza a carico di un diritto fondamentale realizzata da una misura legislativa volta a perseguire un interesse pubblico o un altro diritto fondamentale – v. SCACCIA 2000; ALEXY 2002, 131 ss.; SCHLINK 2012; MOELLER 2012, 711 ss.

⁶⁰ Sul punto cfr. ancora Di GIOVINE 2015, 18 secondo cui «la discussione sul peso da riconoscere ai precedenti CEDU dovrebbe passare scopertamente per l'esternazione e per la discussione sia delle premesse sia delle conseguenze assiologiche del ragionamento giuridico. Spesso dirimente non è infatti la forma del ragionamento, bensì il contesto valoriale, a sua volta determinato in misura preponderante (ma non soltanto) dal ruolo istituzionale dell'organo che decide: un contesto valoriale, nel caso della Corte EDU, caratterizzato dall'esclusività dei diritti individuali; nel caso della Corte costituzionale, segnato invece dal temperamento di questo con altri interessi».

⁶¹ Si tratta di Corte cost., sent. n. 264 del 2012, in *Foro it.*, 2013, 27 ss. con nota di Romboli, con cui il giudice delle leggi si rifiuta di adeguare l'ordinamento interno a una pronuncia di condanna resa dalla Corte di Strasburgo in relazione a una legge di interpretazione autentica in materia di calcolo delle pensioni spettanti ai cittadini italiani che avevano prestato attività lavorativa in Svizzera.

che consente infatti al giudice europeo di non affrontare gli oneri argomentativi del giudizio di proporzionalità e aggirare di conseguenza la necessità di specificare le condizioni in presenza delle quali la limitazione del diritto si considera giustificata o irragionevole⁶². In estrema sintesi, quel che anche qui accade è che il giudice europeo *non fornisce ragioni ma esprime conclusioni*⁶³. E si noti che usare la retorica del margine di apprezzamento «come modo per esprimere una conclusione finale su un caso particolare resta problematico anche quando una sottostante indagine sulla proporzionalità della misura dovesse avere effettivamente guidato la decisione»⁶⁴, trattandosi in questi casi di un mero “bilanciamento-attività” interamente compiuto in una “scatola nera”, e non invece di un “bilanciamento-risultato” (o “bilanciamento-prodotto”) che rende espliciti passaggi procedurali, fondamenti sostanziali e regole di disciplina del conflitto.

5. La Corte edu tra analisi di proporzionalità e «regola del peso sproporzionato».

Le considerazioni appena svolte aprono alla possibilità di valorizzare anche ai nostri fini una distinzione teoricamente promettente tracciata da alcuni filoni della riflessione giusfilosofica nordamericana, tra giudizio di proporzionalità e giudizio di bilanciamento: il primo ricostruibile come un tipo di giudizio più in sintonia con i compiti di protezione giurisdizionale dei diritti fondamentali contro violazioni concrete assegnati (quanto meno in prima battuta e in linea prioritaria) al giudice europeo; il secondo teoricamente più in linea con i compiti di *judicial review of legislation* assegnati per statuto al giudice costituzionale. Con quali intuibili ricadute sul piano dell’organizzazione dei reciproci rapporti inter-istituzionali fra le due corti lo vedremo da qui a poco⁶⁵.

⁶² Per alcuni tentativi di riconcettualizzazione dello strumento rappresentato dal richiamo al margine di apprezzamento nazionale tendenti ad isolare i diversi impieghi, c.d. “strutturali” (o sistemici) e “sostanziali” (o normativi) che ne fa la Corte europea v. per tutti LETSAS 2006, 705 ss. Su posizioni critiche ODDN 2016, 27 ss.

⁶³ Cfr. sul punto MACDONALD 1993, 85, il quale osserva che «se la corte fornisce come unica ragione per non interferire semplicemente il rilievo per cui la decisione si colloca all’interno del margine di apprezzamento riservato alle autorità nazionali, non sta in realtà fornendo alcuna ragione, ma sta semplicemente formulando le sue conclusioni, lasciando agli osservatori il compito di ipotizzare le reali ragioni giustificative che ha mancato di articolare».

⁶⁴ Così G. LETSAS 2006.

⁶⁵ Più in generale, per una distinzione per certi versi analogamente richiamabile anche nel contesto dell’indagine condotta in questa sede tra “test di proporzionalità”, concepito come giudizio “proceduralizzato” strutturato in più passaggi (di solito le tre note tappe dell’idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto) e un più ampio e comprensivo “principio di proporzionalità”, il cui contenuto dovrebbe più genericamente rinviare all’«esigenza che ogni eventuale limitazione di un diritto fondamentale sia giustificata dall’esigenza di tutelare un interesse o un altro diritto, e avvenga nella maniera meno invasiva possibile», da intendere perciò come «specificazione di un principio o canone o esigenza ancora più ampio: la ragionevolezza o non arbitrarietà delle decisioni giuridiche» cfr. PINO 2014, 601 ss., il quale opportunamente rileva come «vi possano essere vari modi per dare pratica attuazione

Sul piano delle indagini di teoria generale, è stato infatti osservato che, sebbene sia ormai quasi un luogo comune parificare giudizio di proporzionalità e giudizio di bilanciamento, in realtà si tratta di una “falsa equivalenza”⁶⁶. Il giudizio di proporzionalità, in questa ottica, viene infatti ricostruito in chiave più restrittiva, e visto come lo specifico protocollo argomentativo che tipicamente governa il *decision making* orientato all’aggiudicazione di diritti. Ora, un simile protocollo decisionale, in stretta aderenza alle premesse teoriche da cui muove la concezione dei diritti come scudi, risulterebbe caratterizzato da una duplice inclinazione di fondo che vale a differenziarlo nettamente dal bilanciamento: per un verso, riconosce che i diritti (inclusi – per quel che qui rileva – quelli amministrati dalla Corte edu) sono tipicamente posizioni non assolute ma defettibili (derogabili, superabili). Ma, per altro verso, riconosce anche che i diritti hanno peso e rango comparativamente superiore rispetto agli interessi non protetti nelle forme dei diritti con cui entrano in contatto (e questo – per quel che qui rileva – anche se si tratti di interessi in ipotesi garantiti dalle costituzioni nazionali). Un peso più intenso e un rango più altolocato che si riflettono sull’andamento complessivo, gli oneri argomentativi e gli esiti conclusivi del relativo giudizio: ed è proprio in questa prospettiva che «equiparare proporzionalità e bilanciamento si rivela una mossa dagli esiti potenzialmente fuorvianti, precisamente perché trascura questa cruciale differenza»⁶⁷. Secondo questa distinzione degli ambiti di competenza rispettivamente assegnati al giudizio di bilanciamento e al giudizio di proporzionalità, è vero che i diritti possono cedere il passo, non solo nell’urto con altri diritti, ma anche nello scontro con interessi socialmente apprezzabili, la cui necessità di tutela – si potrebbe aggiungere ai nostri più limitati fini – sia razionalmente argomentabile come non arbitraria alla luce delle più moderne versioni della teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico⁶⁸. Ed è vero che determinare se, quando e come il prevalere di considerazioni di interesse su considerazioni di diritto effettivamente si verifichi implica prese di posizione valutative, solitamente non esplicitate, sui beni in conflitto in cui, trattandosi sempre di determinare l’indeterminato e commisurare l’incommensurabile, qualche punto di vista etico-normativo è fatalmente destinato a infiltrarsi.

all’esigenza assiologica espressa dal principio di proporzionalità. Un modo potrebbe consistere, ad esempio, nel fare direttamente un bilanciamento tra i diritti o principi in gioco, una valutazione più o meno intuitiva della accettabilità della misura impiegata alla luce dell’importanza dei diritti considerati e della gravità del sacrificio loro imposto [...]. E un altro modo [...] potrebbe consistere nell’impiegare il test di proporzionalità nella forma oggi conosciuta, o in qualche sua ulteriore variante»: ossia nelle forme di una procedura decisionale idealmente scomponibile nei tre snodi argomentativi di cui sopra. «Il principio di proporzionalità, dunque, *giustifica* il ricorso al *test* di proporzionalità, ma non si identifica con esso. Ovvero: il test di proporzionalità è uno dei modi, anche se non l’unico, di attuare il principio di proporzionalità».

⁶⁶ Per una revisione critica della tradizionale identificazione tra i due tipi di giudizio cfr. SCHAUER 2014, 173 ss.; JACKSON 2004, 803.

⁶⁷ SCHAUER 2014, 177.

⁶⁸ Per tutti v. FIANDACA 2014.

Ma – questo il punto centrale dell’intera impostazione – «quando ci sono diritti su un lato dell’equazione sussiste una presunzione favorevole al diritto o – il che è più o meno la stessa cosa – un onere della prova imposto a carico di chi intenderebbe ribaltare la presunzione e interferire in senso restrittivo sul diritto». Una presunzione ritenuta solitamente non operante nella più “imparziale” e policentrica analisi tipicamente svolta in sede di bilanciamenti legislativi o giudiziari⁶⁹.

Vediamo di che si tratta, esplicitando un po’ più in dettaglio considerazioni in parte già anticipate.

La questione di stretta proporzionalità in gioco nei processi decisionali che, come quello che si svolge davanti alla Corte edu, si concludono con una aggiudicazione di diritti nel caso concreto – e che spiega perché il termine “proporzionalità” sia il più adatto a designare il tipo di verifica richiesta al giudice in questi casi – è se il *quantum* di restrizione concretamente registrato a carico di un diritto fondamentale si giustifichi alla luce del *quantum* di incremento simmetricamente registrabile a vantaggio dell’interesse convergente con esso in conflitto.

Ora, una verifica di questo tipo dovrebbe, almeno in teoria, richiedere all’organo giudicante di assegnare un peso comparativo a guadagni e perdite registrabili su *entrambi* i lati dell’equazione. In realtà, però, l’autentica analisi di proporzionalità in senso stretto, e cioè quella che tipicamente coinvolge diritti, è un processo decisionale *uni-direzionale*, non *bi-direzionale*, «*is run in one direction and not the other*»: assumerebbe cioè come polarità essenziale, come punto di osservazione esclusivo, il diritto che si assume violato⁷⁰. Sarebbe proprio questa orientazione a senso unico la direzione di marcia che tende ad assumere anche l’attività giurisdizionale svolta dalla Corte edu quando mostra di volere interiorizzare rigidamente la fedeltà al mandato ad agire come corte che tutela diritti fondamentali nel caso concreto.

Si tratta di una differenza non da poco, capace di influenzare fisionomia, andamento ed esiti del relativo giudizio: il punto è infatti che, nell’effettuare una verifica di questo tipo, i contesti decisionali che, come quello europeo, appaiono funzionalmente preordinati, quanto meno in prima istanza, all’aggiudicazione di diritti nel caso concreto, si caratterizzerebbero per la vigenza implicita al loro interno di una peculiare “regola del peso” che struttura tutto il processo decisionale: una regola “di secondo livello” che opera, cioè, come direttiva interpretativa e metodologica rivolta al giudice dei diritti per guidarlo nel compito di stabilire quando aprire le frontiere del giudizio alla considerazione di quelle ragioni “di primo livello” rappresentate dai controinteressi antagonisti. Sarebbe proprio una regola siffatta che spiegherebbe come mai, nei processi decisionali orientati all’aggiudicazione di diritti – in cui ciò che prima di tutto conta è la violazione concretamente arrecata ai diritti fondamentali del singolo nel caso individuale – a differenza di quanto solitamente dovrebbe accadere nei processi decisionali orientati al bilanciamento degli interessi – in cui ciò che innanzitutto conta è l’equilibrio legislativo degli interessi in gioco raggiunto grazie alla

⁶⁹ SCHAUER 2014, 178.

⁷⁰ SCHAUER 2014, 180.

mediazione della regola di collisione – l’affermazione del diritto che si assume violato, pur non potendo vantare un primato assoluto come tale sempre in grado di bloccare ogni appello alle conseguenze e chiudere ogni spazio alla valutazione di concomitanti ragioni di pubblico interesse, gode nondimeno di un statuto argomentativo privilegiato che continua a collocarlo in una posizione sovraordinata: un lasciapassare argomentativo potenzialmente capace di derubricare *in apicibus* gli interessi legislativamente protetti a dati di sfondo destinati a non superare la soglia della mera “enunciazione”.

Orbene, questa asimmetria esistente tra le poste in gioco in questi contesti decisionali si spiegherebbe proprio in base alla presenza implicita al loro interno di una presunzione a favore dei diritti che impone un onere della prova rafforzato a carico di chi intende limitarne la concreta portata applicativa, onere il cui mancato assolvimento (non di rado presupposto in base a punti di vista etico-normativi pregiudiziali sui beni in conflitto) apre le porte all’affermazione categorica e unilaterale del diritto a spese dell’interesse nel caso singolo. E questo accade precisamente perché, nascosta dietro la suddetta presunzione, c’è una regola orientativa di giudizio che consente al giudice di attribuire, già in premessa, un peso maggiore al diritto che si assume violato nel confronto con i controinteressi tutelati a livello legislativo: «più specificamente, la regola di valutazione del peso da assegnare agli interessi in gioco (*rule of weight*) che implicitamente agisce in ogni analisi di proporzionalità *rights-based* è la regola del peso sproporzionato»⁷¹.

Nelle intenzioni di chi ne presuppone l’esistenza, l’operatività della suddetta «regola del peso sproporzionato» è presentata come «una questione strutturale che emerge dall’idea stessa di diritto ed esprime molte delle differenze che passano tra analisi di proporzionalità e giudizio di bilanciamento»⁷².

Sicché, la questione capitale che torna a riproporsi è la seguente: il giudice costituzionale nazionale, come giudice investito della competenza istituzionale a effettuare controlli di ragionevolezza sull’assetto complessivo di tutti gli interessi sostanziali coinvolti dalla disciplina legale astratta e a vario titolo accreditabili a livello costituzionale, è un tipo di giudice che, a differenza del giudice convenzionale, tende a sottrarsi alla logica del giudizio di proporzionalità e alla sottostante «regola del peso sproporzionato», per virare sul terreno della logica tipica dei giudizi di bilanciamento?

Dalle considerazioni di teoria generale fin qui sinteticamente esposte sembra di poter dare ancora una volta al quesito una risposta affermativa: mentre la Corte edu, in casi come quelli che stiamo esaminando, fa soltanto valutazioni di *non proporzionalità*

⁷¹ SCHAUER 2014, 180. L’uso promiscuo del termine bilanciamento come etichetta *omnibus* finirebbe perciò con l’oscurare questa caratteristica di fondo della *proportionality adjudication*, una caratteristica peculiare a tale tipo di giudizi che vale a marcarne l’identità specifica e, con essa, l’intonazione di fondo di molti dei giudizi che si svolgono davanti alla Corte europea.

⁷² SCHAUER 2014, 180-181: «The existence of a rule of disproportionate weight is a structural and not a substantive matter [...]. The rule of (disproportionate) weight that structures the proportionality analysis thus emerges from the idea of a right and explains much of the difference between proportionality analysis and the more routine balancing methodology that pervades the policy process».

relative al caso concreto che non toccano la fattispecie legale né si preoccupano di emettere leggi di collisione tra gli interessi in gioco (fa, cioè, bilanciamenti *ad hoc* rilevanti solo per il caso deciso con cui, in fin dei conti, risolve casi concreti in base a gerarchie astratte, spesso ispirandosi in non piccola misura alla regola presuntiva del “peso sproporzionato”)⁷³, la Corte costituzionale, istituzionalmente incaricata del diverso compito di riesaminare – sia pure attraverso il filtro dei casi concreti – *normative generali e astratte*, tende – in virtù del suo ruolo naturale di mediazione arbitrata tra legislativo e giudiziario⁷⁴ – ad essere inevitabilmente più attratta verso il polo del bilanciamento diritti/interessi⁷⁵. Un’operazione, del resto, quella del bilanciamento, che come è intuibile, è spesso resa possibile dall’abituale ricorso da parte del giudice costituzionale all’ “ascensore retorico-argomentativo” dell’attribuzione di rilevanza costituzionale implicita o indiretta all’interesse

⁷³ Cfr. GALLO 2012, il quale, a proposito dei fattori che rendono il c.d. *judicial transplant* un’operazione intellettualmente complessa, annovera innanzitutto «il differente rilievo del “caso”. Per la Corte costituzionale italiana il caso è l’elemento che pone la legge censurata a contatto con la realtà applicativa e che rende manifesto, attraverso l’applicazione, un vizio che inficia la legge. Il caso esprime, perciò, solo la necessaria concretezza di un giudizio costituzionale, che ha però per oggetto la norma nella sua formulazione generale-astratta e che, pertanto, assume la fattispecie da cui sorge l’incidente di costituzionalità nella sua dimensione idealtipica, universalizzabile. Per la Corte EDU, invece, il caso è l’unica direzione di senso del *dictum*. La decisione, strettamente calibrata sulle vicende della fattispecie concreta, non aspira a definire massime di giudizio indefinitamente valide *pro futuro* e, pertanto, è generalmente non universalizzabile. La singolarità del caso non si dissolve nell’universalità della pronuncia, ma, al contrario, delimita le possibilità di generalizzazione della decisione. La seconda diversità riguarda le tecniche argomentative e di strategia di legittimazione [...]. La Corte costituzionale, in ragione degli effetti generali di annullamento delle proprie sentenze, deve sempre verificare l’impatto della sua pronuncia sull’intero ordinamento normativo. Pertanto, si confronta con problemi di coerenza sistematica dei propri *dicta* e questo la porta talora a bilanciare l’esigenza di assicurare la pronta restaurazione della legalità costituzionale violata con l’interesse – altrettanto meritevole di protezione – a non pregiudicare, proprio attraverso la pronuncia, beni di pregio costituzionale. In altri termini, mentre nelle sentenze della Corte costituzionale gioca un ruolo rilevante l’interpretazione consequenzialista, la Corte edu, invece, non ha preoccupazioni sistematiche perché le sue pronunce non hanno formalmente effetti di annullamento, e, quindi, incidono sugli ordinamenti nazionali coinvolti soltanto in modo indiretto».

⁷⁴ Per una efficace sottolineatura di questo ruolo naturale svolto dalla Corte costituzionale v. BIN 2002, 78 ss.

⁷⁵ Sul carattere astratto-concreto del giudizio di costituzionalità v., nella letteratura costituzionalistica, LUCIANI 1984, 238 ss.; BIN 1992b, 35 ss., il quale, sul presupposto della «necessaria attinenza del giudizio di bilanciamento alla specificità del “caso”», segnala che «la concorrenza dei principi, e quindi il loro bilanciamento, non avviene in astratto, ma solo in presenza di circostanze di fatto che emergono dal singolo caso in discussione», con connessa «tipizzazione a fattispecie astratta» del caso concreto di conflitto che il giudice costituzionale ha di fronte; PUGIOTTO 1994, 97; DAL CANTO 2002, 146; CARAVITA 1985, 183, il quale precisa che, all’interno dei sistemi che possono definirsi concreti, occorrerebbe distinguere tra quelli (come il sistema statunitense o, ancora di più, il sistema Cedu) in cui «la legge (o comunque l’atto da controllare) resta sullo sfondo del giudizio, risaltando invece la situazione soggettiva lesa», e quelli, come i sistemi continentali di giustizia costituzionale, incluso quello italiano, nei quali «la situazione soggettiva può al massimo fornire uno “spunto” ad un giudizio che verte immediatamente su atti». Per un efficace quadro di sintesi delle questioni implicate, v. AZZENA 2012, 9 ss.

confliggente col diritto, in modo da parificare beni di rango, a prima vista, disomogeneo⁷⁶.

In breve, mentre il giudice convenzionale, in linea con lo statuto disciplinare che regola le sue funzioni primarie di giudice del caso concreto, resterebbe – beninteso sempre nel limitato sotto-gruppo di ipotesi qui considerato – confinato al piano dei c.d. giudizi di proporzionalità *in senso stretto*, il giudice costituzionale, in linea con lo statuto disciplinare che regola le sue funzioni primarie di giudice della fattispecie astratta, si spinge (deve spingersi) invece fino al livello dei c.d. giudizi di proporzionalità *in senso lato*: e cioè fa (o dovrebbe fare) bilanciamenti “procedurali”, idealmente scomponibili nei tre noti *test* di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto, con cui è chiamato a compiti di integrazione normativa della disposizione impugnata attraverso la statuizione di regole generali e astratte di compatibilità tra gli interessi in conflitto.

Il che trova del resto conferma nel fatto che il requisito fondamentale della “necessità in una società democratica”, e cioè il criterio-guida che sovrintende all’applicazione delle clausole di bilanciamento esplicite o implicite contenute nel testo della Convenzione europea sui diritti umani, è stato prevalentemente interpretato in chiave restrittiva nella prassi del giudice europeo come *sinonimo di proporzionalità in senso stretto*. A dire il vero, come abbiamo segnalato più sopra, il suddetto requisito era stato più analiticamente precisato nelle sue componenti costitutive essenziali nel c.d. *Sunday Times case*, in cui si prescriveva ai giudici il compito di accertare se la misura legislativa convenzionalmente sospetta fosse orientata al perseguimento di un “pressante bisogno sociale”, fosse “proporzionata al legittimo scopo perseguito” e se fosse sorretta da ragioni giustificative “rilevanti e sufficienti”.

Ma, sebbene la formula in questione, pur senza menzionarle esplicitamente, avrebbe potuto essere letta come contenente un invito rivolto alla futura prassi applicativa a strutturare la giustificazione delle restrizioni ai diritti convenzionali secondo le tre classiche tappe del giudizio di bilanciamento (idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto)

«la Corte non ne ha fatto coerente applicazione nei suoi giudizi. Così, per esempio, il requisito che fa leva sulla richiesta di ragioni “rilevanti e sufficienti” spesso non trova reale spazio applicativo e il suo concreto significato rimane oscuro. E in molti casi, la Corte non fa altro che limitarsi semplicemente a ribaltare il complessivo bilanciamento degli interessi per come divisato dalle autorità nazionali. Di conseguenza, il *test* della necessità in una società democratica sembra assumere importanza più come giustificazione retorica di rinforzo che come un effettivo strumento in grado di guidare la Corte nello strutturare le sue argomentazioni»⁷⁷.

⁷⁶ Come nota BIN 1992a, 48, «non è mai troppo difficile ricondurre anche il più particolare e marginale degli interessi a qualche principio o a qualche disposizione costituzionale».

⁷⁷ Così, GERARDS 2013, 466 ss.

Di conseguenza, «la Corte europea dei diritti dell'uomo tende a concentrare il *focus* soltanto sul terzo requisito, evidenziando la necessaria ricerca di un giusto bilanciamento come scopo immanente della Convenzione».

Se questo è lo sfondo, è lecito allora presumere che sarebbero proprio i contributi conoscitivi provenienti dal versante dell'idoneità e della necessità della misura legislativa al conseguimento dello scopo di tutela preso di mira quelli meglio atti ad arricchire il giudizio di proporzionalità in senso stretto con considerazioni sostanziali in grado di spostare il *focus* dal mero riscontro della concreta violazione convenzionale al piano della costruzione di una regola generale e astratta di bilanciamento, evitando così che la verifica giudiziale compiuta finisca per coincidere con giudizi all'ingrosso di prevalenza secca del diritto sull'interesse concorrente.

È del resto abbastanza plausibile ritenere che la possibilità di tracciare una rigida linea divisoria tra quelle componenti del giudizio di "proporzionalità in senso lato" che – come le valutazioni di idoneità o necessità – si connoterebbero in chiave più spiccatamente *empirico-fattuale*, e quelle componenti del medesimo giudizio che – come il sotto-test della "proporzionalità in senso stretto" – si connoterebbero, invece, in chiave più direttamente *normativa*, non sia una mossa realisticamente praticabile; e che, al contrario, tra le diverse tappe procedimentali in cui è idealmente scomponibile, dal punto di vista analitico, l'unitario e complessivo giudizio di proporzionalità sussistano inevitabili punti di contatto e frequenti fenomeni di sovrapposizione e interscambio: fino al punto da ritenere abbastanza verosimile che le verifiche di idoneità e necessità anticipino e incorporino già un qualche tipo di bilanciamento (se non altro perché, da un lato, difficilmente sono ipotizzabili misure radicalmente idonee o inidonee e, dall'altro, difficilmente esistono misure alternative del tutto equivalenti tra loro)⁷⁸.

6. La *Varvara* alle prese con il costituzionalismo contemporaneo.

Dai rilievi fin qui fatti, una prima parziale conclusione cui possiamo pervenire sul versante dei rapporti tra le due Corti è che, "siccome bisogna essere in due per ballare il tango", quando il giudice sovranazionale dei diritti umani – in nome di quello

⁷⁸ Sottolinea bene il punto PINO 2014, 606, secondo cui la circostanza che «i passaggi relativi alla verifica dell'adeguatezza e della necessità della limitazione di un diritto hanno ad oggetto questioni di fatto, mentre i passaggi relativi alla legittimità del fine perseguito dalla misura limitativa e al bilanciamento hanno ad oggetto atti normativi o norme non può voler dire che nei due passaggi relativi a questioni di fatto siano assenti valutazioni sostanziali o perfino morali. I fatti presenti nei primi due passaggi non si pesano o misurano con unità di tipo quantitativo, ma sono soggetti a valutazioni sulla base di criteri normativi e assiologici, come appunto l'adeguatezza strumentale mezzi-fini, la presenza di alternative meno invasive, ecc.: tutte cose che sono oggetto non di una misurazione metrico-decimale, ma appunto di valutazioni sostanziali [...]. Dunque va bene distinguere, a fini descrittivi, le fasi del giudizio di proporzionalità che hanno ad oggetto fatti e le fasi che hanno ad oggetto norme o atti normativi, ma ciò non può essere inteso nel senso che vi sono fasi più oggettive (quelle empiriche) e fasi valutative: le valutazioni sostanziali sono presenti nell'arco dell'intero giudizio di proporzionalità».

che Bernard Williams chiamerebbe «il *bluff* delle ragioni esterne»⁷⁹ – si limita a (pseudo-)bilanciamenti *ad hoc* con cui pretende di risolvere casi concreti di conflitto tra beni convenzionali e costituzionali in base a graduatorie assiologiche precostituite in astratto, senza predeterminare, in chiave di “generalizzazione tipizzatrice”, criteri di coordinamento atti a vincolare le corti future, è sulle spalle del decisore costituzionale che dovrebbe interamente gravare il compito di rimediare, con un atto di “disobbedienza funzionale”⁸⁰, alle omissioni del decisore europeo, e a farlo tramite la statuizione di apposite regole di contemperamento tra gli interessi coinvolti⁸¹.

Questo ovviamente sempre a patto che si condivida il postulato di fondo dell’inevitabilità del ricorso a reali forme di bilanciamento nel trattamento giudiziario dei diritti fondamentali all’interno dei moderni stati costituzionali ispirati al pluralismo etico-politico⁸².

A volerne riassumere in modo inevitabilmente approssimativo i tratti essenziali più direttamente rilevanti in questa sede, la premessa abbastanza scontata è che la struttura normativa del c.d. “costituzionalismo dei diritti” include al suo interno un campionario assai ampio ed eterogeneo di diritti fondamentali e di ulteriori obiettivi di fondo *codificati nelle forme dei principi*, e perciò caratterizzati da un contenuto aperto e indeterminato, un campo di applicazione potenzialmente assai esteso e un’esistenza spesso soltanto implicita: i quali, per tutte queste ragioni, denunciano la naturale tendenza a sovrapporsi ed entrare continuamente in conflitto tra loro. In un orizzonte etico-sostanziale politeista e antinomico com’è quello del costituzionalismo democratico-pluralista, ancora di più se assunto su scala internazionale,

⁷⁹ WILLIAMS 1995, 110.

⁸⁰ Per riprendere l’efficace espressione di MARTINICO, 2015.

⁸¹ Quanto poi di fatto la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana adotti un *test* di verifica del bilanciamento legislativo concepito e condotto sulla falsariga del giudizio c.d. trifasico di proporzionalità e quanto, invece, la gestione applicativa del principio di proporzionalità tenda ad assumere le fattezze di una valutazione non strutturata di ragionevolezza è tutta un’altra questione che, in ogni caso, non ne modifica i termini sostanziali: propende per una diagnosi di questo tipo PINO 2014, 605, il quale precisa al riguardo che «di fatto giudizio di proporzionalità e giudizio di ragionevolezza tendono a diventare, nella giurisprudenza della Corte, indistinguibili e intercambiabili. Una misura sproporzionata è irragionevole, e viceversa; un bilanciamento legislativo irragionevole è costituzionalmente illegittimo perché dà luogo ad una limitazione sproporzionata di un diritto fondamentale; e così via», con connessi segnalati rischi di opacità delle motivazioni delle sentenze costituzionali e di potenziale marginalizzazione dal “dialogo giudiziario globale” per mancanza di lessico e sintassi comune. Per una esplicita applicazione del giudizio di proporzionalità nella sua più rigorosa versione “strutturata” v. però, ancora di recente, Corte cost., sentenza n. 1 del 2014.

⁸² Sottolineano il punto: LUCIANI 1991, 175 il quale osserva che «il *bilanciamento* e la *ragionevole ponderazione* tra i valori sono [...] il cuore della giustizia costituzionale dei nostri giorni»; BIN, PITRUZZELLA 2012, 504, per i quali «il “bilanciamento degli interessi” è la regola dell’applicazione di ogni diritto»; LUZZATI 2013, 429, il quale perspicuamente nota che «nei discorsi dei giuristi il bilanciamento dei principi ha preso il posto del vecchio sillogismo pratico». Sulla diffusione su larga scala nello scenario globale di tecniche di controllo basate sul bilanciamento v. per tutti STONE SWEET, MATHEWS 2008, per i quali il *test* di proporzionalità è diventato un “global constitutional standard”.

«conflitti di questo tipo sono ineliminabili: è inevitabile che si presentino ed è necessario trovare un modo per risolverli. Di più: poiché tutti i diritti e i principi che si trovano a confliggere sono, *in ipotesi*, dotati di rilevanza costituzionale, è necessario trovare un modo di soluzione del conflitto che assicuri un qualche grado di “rispetto”, di “attenzione”, anche per il diritto o principio sacrificato»⁸³.

La risposta a queste attese è appunto affidata alla metafora del bilanciamento o alle sue contropartite teoriche (per es. “proporzionalità”, “ragionevolezza”) che è possibile raccogliere tutte sotto l’etichetta omnicomprensiva delle “tecniche ponderative”:

«si tratta di tecniche argomentative che consistono nel trovare un “punto di equilibrio” tra i diritti o principi in conflitto; ossia, fuor di metafora, queste tecniche sono impiegate per valutare che le modalità di esercizio di un diritto (o di realizzazione di un principio) non comprimano *eccessivamente* un altro diritto o principio. La struttura normativa del costituzionalismo contemporaneo richiede infatti che, nel conflitto tra due diritti o principi uno dei due soccomba, ma *non completamente*: dati due diritti o principi in conflitto, vi saranno alcune ipotesi e condizioni nelle quali prevarrà uno dei due diritti o principi, e altre ipotesi e condizioni nelle quali prevarrà l’altro. Ma quello che non può accadere, nel costituzionalismo contemporaneo, è che uno dei due diritti o principi soccomba *sempre e totalmente* rispetto all’altro, perché questo equivarrebbe a rendere un diritto o un principio costituzionale di fatto inoperante, quanto meno ogni volta che entri in conflitto con un certo altro diritto o principio costituzionale. Il bilanciamento consiste, dunque, nell’individuazione di una regola di “prevalenza condizionata” tra i due diritti o principi in conflitto»⁸⁴.

⁸³ Così PINO 2017, 43 ss. Si tratta, a ben vedere, di considerazioni che hanno a che fare con la condizione “esistenziale” dei moderni ordinamenti giuridici ispirati al costituzionalismo democratico-pluralista, in cui «pressoché ogni conflitto giuridico si trova in un immaginario spazio giuridico nel quale si sovrappongono le aree di protezione di due o più diritti o interessi costituzionali», in cui cioè «qualsiasi conflitto di interessi che non abbia una persuasiva composizione nelle leggi ordinarie ha altissime probabilità di essere tematizzato come conflitto tra interessi costituzionalmente rilevanti»: così BIN 2002, 70.

⁸⁴ Così, sempre a proposito dell’inaggirabilità/indispensabilità del ricorso a forme di bilanciamento concepite in termini di temperamento o conciliazione e non in termini di accantonamento o soppressione nel trattamento giudiziario dei diritti fondamentali, G. PINO 2017, 43 ss., il quale aggiunge che «l’esigenza ineliminabile di trovare formule di reciproco temperamento tra diritti e principi costituzionali può essere assolta, e di solito è assolta, in sede legislativa. Tuttavia, anche in questi casi emerge un ruolo da protagonista della giurisdizione, costituzionale e ordinaria. Infatti, per un verso non è detto – anzi è del tutto improbabile – che il legislatore riesca a “coprire” con regole puntuali tutte le ipotesi di sovrapposizione e conflitto tra diritti e principi costituzionali; con la conseguenza che in questi casi toccherà ai giudici effettuare direttamente un bilanciamento (elaborare una “regola del conflitto”, che dunque sarà di fonte giudiziaria). E per altro verso è del tutto possibile che il bilanciamento operato dal

In questa prospettiva,

«nel costituzionalismo contemporaneo il problema non è *solo* di assicurare che il legislatore non entri nel “recinto protetto” dei diritti e principi costituzionali, ma *anche* di assicurare, sia in via legislativa, sia in via giudiziaria, le possibili modalità di armonizzazione dei plurimi e spesso confliggenti diritti e principi costituzionali»⁸⁵.

E così, nel caso che abbiamo scelto come campione esemplificativo della opposta tendenza giurisprudenziale – e cioè il caso *Varvara* – se non si è disposti a condividere un simile postulato di fondo, si può anche sostenere che la Corte costituzionale avrebbe dovuto limitarsi a riconfermare le scelte unilaterali di tutela attribuibili al giudice convenzionale, e dichiarare parzialmente incostituzionale la disposizione denunciata nella parte in cui non prevede la necessità di una sentenza formale di condanna, sul presupposto dell’inapplicabilità di

«una sanzione *penale* come la confisca urbanistica attraverso una sentenza che *proscioglie* l’imputato per intervenuta prescrizione, e cioè per effetto del decorso di un lasso di tempo che – nella valutazione dello stesso legislatore italiano – segna il *tempo dell’oblio*, dopo il quale dovrebbero cessare le ragioni che giustificano l’applicazione della pena (compresa, dunque, la confisca)»⁸⁶.

Oppure – se si condivide quel postulato – non resta che rifiutarsi di inseguire la stessa logica “tabuistica” che attribuisce al diritto convenzionale in questione il ruolo onnivoro di “asso pigliatutto”, e procedere invece al giudizio di bilanciamento con il ventaglio dei beni penalmente tutelati e costituzionalmente garantiti con esso in competizione.

Giudizio che, senza entrare troppo nel merito tecnico degli aspetti più strettamente processuali, avrebbe teoricamente potuto ospitare due diversi modelli di

legislatore risulti insoddisfacente, “irragionevole”, quanto meno in relazione ad alcune classi di casi, e che dunque sia necessario “rivedere”, di solito in sede di controllo di costituzionalità, il bilanciamento originariamente operato dal legislatore (sovrapponendo cioè al bilanciamento del legislatore un nuovo bilanciamento, di secondo grado, effettuato in sede giudiziaria)». Nella giurisprudenza costituzionale, sia pure con riferimento al conflitto e al bilanciamento tra diritti e principi costituzionali interni, si segnala al riguardo la nota sentenza n. 85 del 2013 sul caso *Ilva*, nella quale si legge che «la Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi [...]. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza».

⁸⁵ PINO 2017, 45.

⁸⁶ VIGANÒ 2015 Argomenta nel senso che dalla sostanza della giurisprudenza Cedu si ricaverebbe la presenza di un compatto schieramento a favore della necessità di una condanna formale MANES 2015.

contemperamento tra le esigenze in conflitto, diversamente articolati a seconda che il bilanciamento lo si congegni come più inclinato sull'uno o più sull'altro dei due poli opposti dello spettro di tutela messo in tensione dalla fattispecie convenzionalmente sospetta: un modello di soluzione del conflitto più attratto verso il "polo magnetico" delle garanzie individuali dell'imputato che potrebbe mostrarsi disponibile ad equiparare le sentenze di condanna agli accertamenti sostanziali di responsabilità contenuti in sentenze dichiarative di prescrizione «soltanto nella (assai più improbabile) ipotesi in cui la prescrizione dovesse maturare tra la chiusura dell'istruzione probatoria e la decisione», giacché solo in questo caso «il giudice avrebbe effettivamente acquisito – nel contraddittorio tra le parti – le prove sulla cui base "accertare" fatto e relative responsabilità»⁸⁷; e un altro modello di soluzione del conflitto più attratto verso l'opposto polo "salute-ambiente": e perciò disposto ad ammettere la suddetta equiparazione anche nei casi in cui la prescrizione maturi nel corso del giudizio di appello o di cassazione, accontentandosi perciò di una condanna in primo grado e di un accertamento incidentale di responsabilità allo stato degli atti, sempre che non risulti l'evidenza dell'innocenza dell'imputato, che sola potrebbe prevalere rispetto alla causa estintiva, secondo il consolidato insegnamento della giurisprudenza di legittimità.

A riprova del fatto che è sempre questione di scelte di valore tra esigenze in conflitto: sono gli atteggiamenti etico-normativi dell'interprete giudiziario sul modo di concepire i beni in gioco che incidono sul *se* e *come* bilanciare, sono prese di posizione valutative e preferenze sostanziali a orientare non solo la ricerca dei contenuti della regola di collisione ma, ancora più a monte, le decisioni sulla loro stessa "commensurabilità" o "incommensurabilità".

Va detto però che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 49 del 2015 parrebbe aver optato per la soluzione compromissoria di ipotizzare la presenza di un cripto-bilanciamento generico ed implicito nella prima decisione europea sul caso *Varvara*, presumibilmente rimettendo ai giudici della Grande Camera di Strasburgo lo spinoso compito di mettere in equilibrio diritti e interessi contrapposti con una regola di bilanciamento a contenuto più dettagliato ed esplicito. E però, quel che è successo è che alla conseguente dichiarazione di inammissibilità della questione di legittimità prospettata in relazione all'art. 117 Cost. – motivata dai giudici costituzionali in base al rilievo per cui la sentenza del giudice sovranazionale, rettamente intesa secondo i canoni dell'interpretazione costituzionalmente conforme, fissa in realtà il principio per cui la "sostanza" dell'accertamento di responsabilità penale prevale sulla "forma" del provvedimento di condanna – è poi seguita una sentenza della Grande Camera che sembra avere deluso le aspettative di maggiore precisione ed essersi limitata a ribadire lo stesso principio generale, senza precisarne più in dettaglio condizioni e limiti di operatività⁸⁸: i giudici di Strasburgo, infatti – pur discostandosi nettamente dal

⁸⁷ VIGANÒ 2014a, 284.

⁸⁸ Corte edu, Grande Camera, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. e altri c. Italia*. A commento di tale pronuncia cfr. CANNONE 2019, 155 ss. Su tale esito v. già DI GIOVINE 2015, 17, che con largo anticipo profetizzava: «Se la Corte EDU continuerà la sua corsa verso le garanzie del reo oppure deciderà di azionare qualche piccolo

precedente specifico, si limitano ad affermare la possibilità che la confisca urbanistica sia disposta a seguito di un accertamento che abbia le caratteristiche sostanziali della condanna, senza tuttavia necessariamente presentarne la forma, osservando come «sia necessario guardare oltre le apparenze e il linguaggio adoperato e concentrarsi sulla realtà della situazione» e come, pertanto, «la Corte sia legittimata a guardare oltre il dispositivo del provvedimento, e tenere conto della sostanza, essendo la motivazione una parte integrante della sentenza»⁸⁹.

7. Obiezioni e controrepliche.

Certo, il massiccio impiego di strategie argomentative a carattere ponderativo nel trattamento giudiziario dei diritti convenzionali può esporsi a ricorrenti obiezioni critiche, tutte in vario modo tendenti a mettere in luce come il bilanciamento costituirebbe in definitiva una minaccia mortale per i diritti fondamentali⁹⁰: l'ubiquitario ricorso al *test* di proporzionalità-ragionevolezza, con l'ammettere in linea di principio la generale possibilità di introdurre limitazioni al diritto, finirebbe

freno in considerazione del sacrificio che tale opzione imporrebbe ad interessi contrapposti, a mio avviso, non è possibile prevederlo. D'altronde, non credo sia peregrina l'impressione che la Corte costituzionale della sentenza n. 49/2015 parli formalmente al giudice rimettente, ma si rivolga sostanzialmente alla Corte EDU. E chissà che questa non la ascolti. Il finale della trama (per lo meno di questo episodio, sempre suscettibile di *sequel*) sarà infatti scritto dalla Grande Camera che, non per niente, è stata già investita della questione. Il caso della confisca urbanistica mi pare dunque un buon esempio dei problemi legati non solo alla voracità ma anche alla volubilità dei diritti fondamentali, e rappresenta quindi un invito alla lettura (anche) della giurisprudenza CEDU in chiave ermeneutica».

⁸⁹ Cfr. GALLUCCIO 2018, la quale sottolinea altresì che «nella decisione della Corte di ritenere compatibile con l'art. 7 Cedu una condanna in senso "sostanziale" giocano, inoltre, un ruolo fondamentale: la riconosciuta necessità, per lo Stato italiano, di punire gli autori di reati urbanistici in un sistema caratterizzato da una notevole complessità di accertamento degli illeciti in questione, a fronte di un breve termine prescrizione; del rigoroso rispetto, da parte dello Stato parte, delle garanzie del giusto processo di cui all'art. 6 Cedu». Va altresì segnalato che il giudice convenzionale ravvisa anche un possibile profilo di contrasto con la presunzione di innocenza di cui all'art. 6 della Cedu, ma l'affermazione sembra, oltre che scarna e sommaria, eccessivamente influenzata dalle caratteristiche fattuali del caso concreto, sicché toccherà pur sempre alla giurisprudenza futura (ordinaria, costituzionale o anche europea) sciogliere più in dettaglio i nodi processuali della ribadita legittimità convenzionale ai sensi dell'art 7 Cedu della c.d. confisca senza condanna.

⁹⁰ PACE 2001, 35; WEBBER 2009, 118; con specifico riferimento alla giurisprudenza europea, TSAKYRAKIS 2009, 468. Più in particolare, l'idea che il giudizio di proporzionalità si converta invariabilmente in un'analisi costi-benefici che comporta un'indebita comparazione di tipo utilitaristico tra i beni in competizione (finendo in tal modo con l'alterare in modo irreparabile la logica dell'inviolabilità associata ai diritti fondamentali) è una critica periodicamente riaffiorante nei confronti dell'utilizzo giudiziario del bilanciamento: cfr. HABERMAS 2013; la genealogia di questo tipo di obiezione risale con ogni probabilità a DWORKIN 1977, capp. 5 e 7, 198-199; DWORKIN 1984 (in cui si tematizza esplicitamente la nota idea dei diritti intesi come *trumps* destinate a imporsi sulle concorrenti considerazioni di stampo utilitaristico attinenti all'interesse pubblico e la connessa critica al *balancing approach*). Con ciò tuttavia trascurando che il ricorso ad un calcolo costi-benefici rappresenta *solo una* delle possibili forme che, in astratto, potrebbe assumere il giudizio di proporzionalità.

fatalmente col determinare un progressivo effetto erosivo di sotto-riconoscimento della garanzia fornita da costituzioni e carte internazionali ai diritti fondamentali. Effetto un po' paradossale, dal momento che il senso ultimo della loro proclamazione solenne nel contesto di simili documenti dovrebbe essere proprio quello di "blindare" certi diritti e renderli impermeabili a raffronti comparativi con interessi collettivi e politiche pubbliche, calcoli utilitaristici e analisi costi-benefici. Si può forse riassumere così il disagio spesso da più parti manifestato nei confronti del possibile intervento della Corte costituzionale in veste di "giudice del bilanciamento" su precedenti decisioni del giudice europeo orientate alla massima espansione delle tutele convenzionali. Il nucleo essenziale di queste critiche è che l'adesione ai presupposti etico-politici e giuridico-filosofici di un modello di cultura giuridica come il costituzionalismo dei diritti comporti giocoforza l'indesiderabile conseguenza per cui «i diritti fondamentali sono comprimibili, sono diritti solo *prima facie*; e avere un diritto *prima facie* non vuol dire granché, almeno fino a quando non si sia riusciti a convincere qualcuno (una corte) che, *tutto considerato*, quel diritto deve effettivamente prevalere sulle considerazioni con esso confliggenti»⁹¹.

Critiche di questo tipo non tengono però conto del fatto che l'inevitabilità del ricorso a *test* di bilanciamento con le caratteristiche descritte, la non dispensabilità dell'impiego di tecniche a contenuto effettivamente ponderativo nell'elaborazione giudiziaria dei diritti convenzionali, dipende strettamente dalla sopra segnalata struttura stessa che i diritti fondamentali assumono una volta incorporati nella dimensione etico-sostanziale del costituzionalismo contemporaneo. Semplificando al massimo, si può qui ribadire che l'elevato tasso di indeterminatezza che caratterizza i diritti fondamentali dipende dal fatto che essi trovano posto all'interno di costituzioni e carte dei diritti formulate "per principi", le quali a loro volta sono costantemente sottoposte a procedimenti interpretativi tendenti a individuare sotto-principi impliciti privi di formulazione testuale espressa. Ne deriva che, in un'atmosfera di questo tipo, riportare una qualunque pretesa o rivendicazione dotata di apprezzabile consistenza, ossia non del tutto insensata o idiosincrata, sotto il generoso e capiente ombrello di un qualche diritto o principio convenzionale e/o costituzionale si rivela una mossa argomentativa tutto sommato relativamente semplice⁹². Non solo: in un contesto di questo tipo accade di frequente che una stessa pretesa o rivendicazione sia

⁹¹ In questi termini PINO 2017, 158 che così ne riassume il senso: «Il costituzionalismo contemporaneo sembra restituire un'immagine discutibile e paradossale dei diritti fondamentali: all'abbondanza del catalogo dei diritti corrisponde una notevole incertezza sulla portata e sulla forza protettiva che questi diritti possono dispiegare; i diritti sono continuamente esposti al bilanciamento con altri diritti o con altri principi, con la conseguenza che, in fin dei conti "spesso chi ha il diritto non ha diritto". [...] Le faticose conquiste dell'età dei diritti, dunque, verrebbero adesso progressivamente erose dalla trionfale avanzata del principio di proporzionalità, che rende apparentemente limitabile qualunque diritto fondamentale, sol che la limitazione sia "proporzionata", "ragionevole"; e così alla fine quelle conquiste verranno fagocitate e annullate, con singolare dialettica, dalla melassa indistinta della *age of balancing*».

⁹² Sul punto v. BIN 2007, 29; GUASTINI 2006, 245-246, 254-257, che acutamente pone le operazioni di sovra-interpretazione della costituzione come una delle "condizioni di possibilità" della "costituzionalizzazione" stessa dell'ordinamento; KUMM 2010, 151; PINO 2010, 124.

potenzialmente sussumibile all'interno del campo di applicazione di più principi costituzionali che operano qualificazioni normative dagli esiti radicalmente divergenti, nel senso che una stessa condotta potrà risultare lecita alla luce di un principio e vietata alla luce di un altro. E siccome si tratta di principi che di solito si presentano tutti come equi-ordinati e non gerarchizzabili *ex ante* in senso *materiale* o *assiologico* (sono tutti diritti fondamentali o di rango costituzionale, o perché direttamente formulati dal testo costituzionale o perché innalzati a quel livello tramite l'attaccapanni argomentativo della loro rilevanza costituzionale implicita) se ne ricava che

«dato un caso in cui sono astrattamente applicabili o comunque rilevanti più principi o diritti, sarebbe improprio, e al limite arbitrario, applicarne uno solo e scartare l'altro (o gli altri); ciò infatti equivarrebbe ad abrogare un principio costituzionale, seppure in un caso concreto, o in una serie di casi concreti. La struttura normativa del costituzionalismo contemporaneo richiede che, quando più principi fondamentali sono rilevanti ed entrano in conflitto, essi siano tutti "tenuti in considerazione"; ciò significa che, alla fine, il conflitto verrà risolto facendo prevalere un diritto o principio, *ma* in modalità tali da apportare il minimo sacrificio possibile al diritto o principio recessivo»⁹³.

Il che richiede di abbandonare la pretesa di trattare i diritti come una sorta di "monolite" da applicare o disapplicare in blocco, e rassegnarsi al fatto che le operazioni interpretativo-applicative e argomentative che giudici (nazionali e sovranazionali) e teorici del diritto potranno esperire in relazione ai diritti fondamentali saranno precisamente quelle rese possibili o reclamate dallo statuto di *norme di principio* delle disposizioni che li attribuiscono⁹⁴.

In questa prospettiva, allora, riportare una condotta sotto il cappello di un diritto convenzionale è solo la mossa di apertura di una più complessa partita argomentativa nel contesto della quale occorrerà valutare a quali condizioni il diritto che si assume violato può essere in grado di resistere alla pressione esercitata dall'urto con l'insieme dei principi contrapposti a salvaguardia dei quali è finalizzata una misura legislativa o amministrativa. «E questo gioco si svolge alla luce delle tecniche del bilanciamento, della proporzionalità, della ragionevolezza (le tecniche ponderative)»⁹⁵: I beni a rilevanza convenzionale da mettere confronto con i principi a rilevanza costituzionale che ispirano una limitazione legislativa non sono infatti realtà sostanziali autoesecutive identificabili in base a una semplice "lettura morale della

⁹³ PINO 2017, 147. Per la tesi secondo cui il costituzionalismo contemporaneo incorpora nella sua dimensione etico-sostanziale l'ideale regolativo per cui ai principi soccombenti debba essere imposto il minor sacrificio possibile v. BOBBIO 1990, 11; cfr. anche GIANFORMAGGIO 2008, 183.

⁹⁴ In questo senso ha ragione chi osserva che esiste una corrispondenza biunivoca tra bilanciamento e principi, nel senso che l'uno presuppone logicamente gli altri e viceversa: ALEXY 2012, 133. In generale, sul funzionamento dei principi nell'argomentazione giuridica e nell'applicazione del diritto, v. PINO 2010, cap. III; PINO 2011a, 75; BIN 2013, 215 ss.; GUASTINI 2017, 127 ss.

⁹⁵ PINO 2017, 148.

Convenzione”, arredi del mondo che si auto-dichiarano da sé in base ad un mero esercizio di “calligrafia convenzionale”: non sono «una macchina che funziona da sola»⁹⁶, e non possono perciò essere considerati, secondo un’ottica di tipo “essenzialista”, come oggetti autoapplicativi capaci di imporsi *juxta propria principia* sui controinteressi rivali. Per lo più, le disposizioni convenzionali e quelle costituzionali esprimono semmai “accordi incompletamente teorizzati”, che codificano soltanto «ciò su cui abbiamo convenuto di dissentire»⁹⁷. Accordi parziali suscettibili di specificazione in una pluralità di direzioni in base a premesse di partenza (concezioni del bene, visioni del mondo, dottrine etico-politiche) disarmoniche e configgenti, e che pertanto richiedono il necessario ricorso a “procedure di determinazione” da esperire in relazione a singoli casi giuridicamente rilevanti di conflitto:

«se i diritti (principi, valori, interessi) fondamentali sono molteplici, configgenti, incommensurabili, indeterminati, la loro applicazione esigerà bilanciamenti, *trade-offs*, compromessi (in qualche modo, sarà necessario commisurare incommensurabili, determinare l’indeterminato); esigerà, in breve, un’opera di *determinazione* (concretizzazione, specificazione) delle considerazioni vaghe, generiche e indeterminate espresse dalle disposizioni costituzionali»⁹⁸.

Il che potrà avvenire solo sotto il logico presupposto della “sussunzione” sotto specifici casi generici di conflitto e relativi criteri di contemperamento di fonte legislativa o giudiziaria.

Ovviamente, l’indispensabilità del ricorso a forme di contemperamento tra diritti (convenzionali) e principi (costituzionali), cui affidare il compito di fissare “regole di preferenza condizionata” che tengano conto di entrambi, lascia impregiudicata la questione dell’individuazione del soggetto istituzionale competente a effettuare simili bilanciamenti. Tali bilanciamenti spetterebbero *in primis* al legislatore ordinario. Ma in generale le corti sono chiamate a intervenire sull’assetto legislativo degli interessi con *meta-bilanciamenti di secondo grado*, e questo sia nei casi in cui certi tipi di conflitti siano portati alla loro attenzione senza essere stati prima disciplinati a livello legislativo, sia nei casi in cui la misura legislativa è sospettata di sacrificare troppo un diritto fondamentale.

È in una simile prospettiva che, se non è la Corte edu a intestarsi l’incarico di «coordinare i diritti, individuare le loro condizioni di compostibilità sotto forma di regole generali e astratte, e integrarli con considerazioni di interesse pubblico»⁹⁹, il compito di sottoporre a revisione il bilanciamento legislativo tra diritti e principi in conflitto è un incombente che non può essere che consegnato integralmente nelle mani del decisore costituzionale.

⁹⁶ KAMMEN 1986, 125.

⁹⁷ Per la nozione di *incompletely theorized agreements* v. SUNSTEIN 1996.

⁹⁸ CELANO 2005a, 432.

⁹⁹ PINO 2017, 148.

Del resto, come è stato giustamente osservato più in generale in sede di ricostruzione filosofico-giuridica delle conseguenze che normalmente si producono a carico del diritto una volta sottoposto a bilanciamento giudiziale, il diritto convenzionale affermato in termini categorici e incondizionati a Strasburgo non scompare certo dal quadro argomentativo, una volta transitato nell'alveo del giudizio costituzionale, perché – anche quando è parzialmente costretto a retrocedere – continua pur sempre ad esercitare una pressione decisionale sul tipo di conflitto da risolvere, che si converte nella richiesta di contenere le limitazioni legislative nella misura strettamente necessaria a fare posto all'esigenza costituzionale in contrasto¹⁰⁰: il che potrebbe forse ulteriormente contribuire a sdrammatizzare le preoccupazioni di chi ravvisa in questi casi una violazione plateale dell'impegno a conformarsi alle sentenze della Corte di cui all'art. 46 Cedu.

In un'ottica come quella che abbiamo tentato di tratteggiare fin qui, si può forse dire che il senso ultimo delle interazioni strategiche tra le due corti sta tutto nella presa d'atto che gli interventi manipolativi dei tribunali costituzionali sui contenuti delle decisioni europee sono configurabili come ingranaggi, spesso necessari, di un processo deliberativo di più ampia portata: che può non esaurirsi in un atto "puntiforme" di esercizio di "sovranità interpretativa" (in ipotesi esclusivamente spettante al livello europeo), ma che al contrario non di rado assume (non può che assumere) un andamento circolare, di "andata e ritorno"¹⁰¹. Si tratta cioè di un processo deliberativo "lungo" che (anche qui) ha come scopo principale quello di diluire e spostare continuamente in avanti la «decisione di ultima istanza»¹⁰²: nell'orizzonte etico-politico della democrazia costituzionale, la deliberazione democratica, intesa in questa chiave più ampia, produce decisioni il più delle volte solo provvisorie e revocabili, da inserire

¹⁰⁰ Cfr. WALDRON 1993, 215: «an individual's right does not simply disappear from view once it has been traded off against the rights of others [...]. It remains in the picture and must be taken seriously as a residual source of other duties and obligations. Since rights generate not single duties but [...] successive waves of duty, the trading off of one right against another, in a situation of conflict, is never the end of the story».

¹⁰¹ Nello stesso senso cfr. DI GIOVINE 2015, 4 e 19, la quale, a proposito di come organizzare «l'osmosi tra sistema europeo e giurisprudenze nazionali», pone in termini problematici la questione «se vogliamo che in futuro il fenomeno si spieghi ancora prevalentemente a senso unico (da quello a queste) oppure in modo circolare: tale osmosi continuerà ad essere ad un senso, se adottiamo un'impostazione formalista; potrebbe diventare realmente circolare se optassimo per una impostazione antiformalistica». Per poi segnalare come «d'altro canto, la dottrina ha già colto i primi segnali di alcuni *retrofront* della Corte europea, proprio per effetto delle stimolazioni provenienti dalle Corti nazionali: un chiaro segnale, questo, del fatto che il rapporto potrebbe non essere a senso unico (dalla Corte EDU alle Corti nazionali), ma rivelarsi "virtuosamente" circolare, perché fondato sulla bontà degli argomenti». Sul punto cfr. SOTIS 2012.

¹⁰² In questi termini cfr. CELANO 2005a, 440, secondo cui «il costituzionalismo (moderno e contemporaneo) non ha – non può sensatamente avere – come proprio obiettivo l'eliminazione della decisione sovrana. Ha, piuttosto, l'obiettivo della sua dilazione, del suo differimento, nella maggiore misura possibile [...] Il punto – il senso – del costituzionalismo consiste nel porre sempre nuovi limiti, ostacoli, impedimenti a questa istanza di decisione ultima: nel dilazionare il più possibile, circoscrivendolo, e in tal modo depotenziandolo, il momento dell'esplicazione della sovranità».

in un “gioco di coordinazione” che associa legislatore, giudici convenzionali e corti costituzionali in un «problema di decisioni interdipendenti»¹⁰³.

Bibliografia

ALCHOURRON C., BULYGIN E. 2005. *Sistemi normativi. Introduzione allo studio della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli. (1971)

ALEINIKOFF T.A. 1987. *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in «Yale Law Journal», 96, 1987, 979 ss.

ALEXY R. 2002. *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in «Ars Interpretandi», 7, 2002, 131 ss.

ALEXY R. 2012. *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, Il Mulino (1994).

AZZENA L. 2012. *La rilevanza nel sindacato di costituzionalità dalle origini alla dimensione europea*, Napoli, Jovene.

BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V. 2012. *Commentario breve alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, Cedam, sub art. 46.

BAYÓN J.C. 2002. *Why Is Legal Reasoning Defeasible*, in «Diritto & questioni pubbliche», 2, 2002, 1 ss.

BESSON S. 2011. *The Erga Omnes Effect of Judgements of the European Court of Human Rights*, in *La Cour Européenne des droits de l'homme après le Protocole 14 - Premier bilan et perspectives*, 2011, 125 e ss., in *Actes de la Journée BENEFRY en droit européen 2011*, Zürich, Schulthess, 2011.

BIN R. 1992a. *Bilanciamento degli interessi e teoria della costituzione*, in Angiolini V. (ed.), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 45 ss.

BIN R. 1992b. *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè.

BIN R. 2000. *Diritti e fraintendimenti*, in «Ragion pratica», 14, 2000, 15 ss.

BIN R. 2002. *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in La Torre M., Spadaro A. (eds.), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, Giappichelli, 59 ss.

BIN R. 2007. *Che cos'è la Costituzione*, in «Quaderni costituzionali», 1, 2007, 11 ss.

BIN R. 2013. *I principi costituzionali: uso e applicazione*, in «Roma e America. Diritto romano comune», 34, 2013, 215 ss.

BIN R., Pitruzzella G. *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2012

BOBBIO N. 1990. *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in Id., *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 5 ss. (1964)

CADOPPI A. 1999. *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, Giappichelli (rist. 2007).

CANNONE A., *La sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'affare G.I.E.M. s.r.l. e altri contro Italia del 28 giugno 2018: brevi osservazioni*, in «Studi sull'integrazione europea», 14, 2019, 155 ss.

¹⁰³ Per questa impostazione, ispirata alla teoria dei giochi interpretativi, v. CELANO 2006, 86 ss.

CARAVITA B. 1985. *Corte «giudice a quo» e introduzione del giudizio sulle leggi. I. La corte costituzionale austriaca*, Padova, Cedam.

CARTABIA M. 2007. *Le sentenze gemelle: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in «Giurisprudenza costituzionale», 52, 5, 2007, 3564 ss.

CARTABIA M. 2015. *I diritti in Europa: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale italiana*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1, 2015, 45 ss.

CELANO B. 2005a. *Diritti fondamentali e poteri di determinazione nello stato costituzionale di diritto*, in «Filosofia politica», 3, 2005, 427 ss.

CELANO B. 2005b. *Possiamo scegliere tra particolarismo e generalismo?*, in «Ragion Pratica», 25, 2005, 469 ss.

CELANO B. 2006. *Ragionamento giuridico: tre questioni chiave, e cosa non può fare la filosofia al riguardo*, in «Diritto & questioni pubbliche», 6, 2006, 83 ss.

CELANO B. 2013. *I diritti nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino.

CHIASSONI P. 2007. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, Il Mulino.

DAL CANTO F. 2002. *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in Malfatti E, Romboli R., Rossi E. (eds.), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, Torino, Giappichelli, 146 ss.

DI GIOVINE O. 2015. [Anti-formalismo interpretativo. Il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale. \(A proposito del caso Contrada, della confisca senza condanna e di poco altro\)](#), in «Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale», 2015, 2, 11 ss. (consultato il 15 marzo 2019).

DI GIOVINE O. 2018. *Diritto penale ed etica dei doveri. Spunti a favore di un costituzionalismo europeo di tipo «minimale»*, in Stile A.M., Manacorda S., Mongillo V. (eds.), *Civil Law e Common Law: quale «grammatica» per il diritto penale?*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 177 ss.

DONINI M. 2009. *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una «nuova dogmatica, o solo una critica per il diritto penale moderno?*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2009, 1646 ss.

DONINI M. 2016. *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti di interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2016, 688 ss.

DONINI M. *Fattispecie o case law? La «prevedibilità del diritto» e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza* (in corso di pubblicazione).

DWORKIN R. 1977. *Taking Rights Seriously*, Harvard, Harvard University Press, (*I diritti presi sul serio*, trad. it. a cura di N. Muffato, Bologna, il Mulino, 2010).

Dworkin R. 1984. *Rights as Trumps*, in Waldron J. (ed.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 153 e ss.

FALLON R.H. 1993. *Individual Rights and the Power of Government*, in «Georgia Law Review», 27, 2, 1993, 343 ss.

FIANDACA G. 2014. *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, Giappichelli.

GALLIE W.B. 1956. *Essentially Contested Concepts*, in «Proceedings of the Aristotelian Society», 56, 1, 1956, 167 ss.

GALLO F. 2012. *Rapporti fra Corte costituzionale e Corte Edu*, disponibile a questo [link](#) (consultato il 15 marzo 2019).

GALLUCCIO A. 2018. [Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte Edu, Grande Camera, in materia urbanistica](#), in «Diritto penale contemporaneo», 2013, 3, 221 ss.

GERARDS J. 2008. *Judicial Deliberations in the European Court of Human Rights*, in Huls N., Adams M., Bomhoff J. (eds.), *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings*, The Hague, T.M.C. Asser Institute, disponibile a questo [link](#) (consultato il 15 marzo 2019).

GERARDS J. 2013. *How to Improve the Necessity Test of the European Court of Human Rights*, in «I.CON International Journal of Constitutional Law», 11, 2, 2013, 466 ss.

GIANFORMAGGIO L. 2008. *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, in Id., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. Diciotti, V. Velluzzi, Torino, Giappichelli, 173 ss. (1985)

GREER S. 2004. "Balancing" and the European Court of Human Rights: a Contribution to the Habermas-Alexy Debate, in «Cambridge Law Journal», 63, 2, 2004, 412 ss.

GUASTINI R. 2004. *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè.

GUASTINI R. 2006. *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Torino, Giappichelli.

GUASTINI R. 2011. *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè.

GUASTINI R. 2017. *Applicare principi costituzionali*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1, 2017, 127 ss.

GOMETZ G. *Indici di certezza giuridica*, in «Diritto & questioni pubbliche», 2012, 309.

HABERMAS J. 2013. *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza (1992).

HALBERSTAM D. 2007. *Desperately Seeking Europe: On Comparative Methodology and the Conception of Rights*, in «ICON International Journal of Constitutional Law», 5, 1, 2007, 166 ss.

HARE R. 1968. *Il linguaggio della morale*, Roma, Astrolabio.

ITZCOVICH G. 2003 *Bilanciamento ad hoc e bilanciamento definitorio. Bilanciamento ragionevolmente definitorio? Ponderazione tra principi e teoria dell'argomentazione giuridica nella ricerca di Giorgio Maniaci*, in «Diritto & questioni pubbliche» 3, 2003, 109 ss.

JACKSON V. 2004. *Being Proportional About Proportionality*, in «Constitutional Commentary», 21, 2004, 803 ss.

KAMMEN M. 1986. *A Machine That Would Go of Itself: The Constitution in American Culture*, New York, Alfred A. Knopf Inc.

KRAMER M.H. 1998. *Rights Without Trimmings*, in Kramer M., Simmonds N., Steiner H., *A Debate Over Rights. Philosophical Enquiries*, Oxford, Oxford University Press, 61 ss.

KUMM M. 2010. *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*, in «Law & Ethics of Human Rights», 4, 2, 2010, 142 ss.

LEACH P., HARDMAN H., STEPHENSON S., BLITZ B.K. 2010. *Responding to Systematic Human Rights Violations. An Analysis of 'Pilot Judgments' of the European Court of Human Rights and their Impact at National Level*, Antwerpen, Intersentia.

LEONI B. 1995. *La libertà e la legge*, Macerata, Liberilibri. (1961)

- LETSAS G. 2006. *Two Concept of the Margin of Appreciation*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 26, 4, 2006, 705 ss.
- LUCIANI M. 1984. *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, Cedam.
- LUCIANI M. 1991. *Corte costituzionale e unità nel nome dei valori*, in Romboli R. (ed.), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, Giappichelli, 175 ss.
- LUCIANI M. 2008. *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra diritto italiano e diritto internazionale*, in «Corriere giuridico», 2008, 204 ss.
- LUZZATI C. 2013. *Il giurista che cambia e non cambia*, in «Diritto pubblico», 2, 2013, 385 ss.
- MACDONALD R. 1993. *The Margin of Appreciation*, in MacDonald R., Matscher F., Petzold H. (eds.), *The European System of the Protection of Human Rights*, Dordrecht-Boston, M. Nijhoff, 85 ss.
- MANES V. 2014. *Il diritto penale nel prisma del "dialogo tra le corti"*, in Paliero C.E., Moccia S., De Francesco G.A., Insolera G., Pelissero M., Rampioni R., Risicato L. (eds.), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 189 ss.
- MANES V. 2015. [La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza](#), in «Diritto penale contemporaneo», 13 aprile 2015.
- MANIACI G. 2005. *Razionalità e bilanciamento tra principi del diritto: un inventario, un'intuizione e una proposta*, in «Ragion pratica», 25, 2005, 335 ss.
- MARTINICO G. 2015. [Corti costituzionali \(o supreme\) e 'disobbedienza funzionale'. Critica, dialogo e conflitti nel rapporto fra diritto interno e diritto delle Convenzioni \(CEDU e Convenzione americana sui diritti umani\)](#), in «Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale», 2015, 2, 303 ss.
- MCHARG A. 1999. *Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in «Modern Law Review», 62, 1999, 671 ss.
- MEILLASSOUX Q. *Potentiality and Virtuality, Collapse: Philosophic Research and Development*, 2, 2007, 71 e ss.
- MOELLER K. 2012. *Proportionality: Challenging the Critics*, in «I-CON International Journal of Constitutional Law», 10, 3, 2012, 709 ss.
- MORESO J.J. 2002. *Conflitti tra principi costituzionali*, in «Ragion pratica», 18, 2002, 201 ss.
- NIMMER M. 1968. *The Right to Speak from Times to Time. First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*, in «California Law Review», 56, 1968, 935 ss.
- NOZICK R. *Anarchia, stato e utopia*, Milano, Il Saggiatore, 2005 (1974).
- ODDN A. 2016. *Rethinking the Two Margins of Appreciation*, in «European Constitutional Law Review», 12, 2016, 27 ss.
- PACE A. 2001. *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in «Quaderni costituzionali», 1, 2001, 35 ss.
- PILDES R. 1994. *Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law*, in «Hastings Law Journal», 45, 1994, 711 ss.

- PILDES R. 2002. *The Structural Conception of Rights and Judicial Balancing*, in «Review of Constitutional Studies – Revue d'études constitutionnelles», 6, 2002, 179 ss.
- PINO G. 2008. *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli.
- PINO G. 2010. *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino.
- PINO G. 2011a. *I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica*, in «Diritto e questioni pubbliche», 11, 2011, 75 ss.
- PINO G. 2011b. *L'applicabilità delle norme giuridiche*, in «Diritto e questioni pubbliche», 11, 2011, 797 ss.
- PINO G. 2014. *Proporzionalità, diritti, democrazia*, in «Diritto e società», 3, 2014, 597 ss.
- PINO G. 2017. *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, Il Mulino.
- PUGIOTTO A. 1994. *La concretezza nel sindacato di costituzionalità: polisemia di un concetto*, in «Jus», 1994, 97 ss.
- PULITANÒ D. 2015. [Due approcci opposti sui rapporti tra costituzione e Cedu in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015](#), in «Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale», 2015, 2, 318 ss.
- RUGGERI A. 2015. [Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno](#), in «Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale», 2015, 2, 325 ss.
- SARDURSKY W. 2009. *Partnering With Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments*, in «Human Rights Law Review», 9, 3, 2009, 397 ss.
- SCACCIA G. 2000. *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè.
- SCACCIA G. 2017. *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle corti europee*, in «Rivista AIC», 3, 2017, 21 ss.
- SCHAUER F. 1992-1993. *A Comment on the Structure of Rights*, in «Georgia Law Review», 27, 1992-1993, 428 ss.
- SCHAUER F. 2008. *Di ogni erba un fascio*, Bologna, Il Mulino.
- SCHAUER F. 2010. *Balancing, Subsumption and Constraining Role of Legal Text*, in «Law and Ethics of Human Rights», 4, 1, 2010, 35 ss.
- SCHAUER F. 2014. *Proportionality and the Question of Weight*, in Huscroft G., Miller B., Webber G. (eds.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 173 ss.
- SCHAUER F. 2016. *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, Roma, Carocci.
- SCHLINK B. 2012. *Proportionality*, in Rosenfeld M., Sajò A. (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 718 ss.
- SORRENTI G. 2000. «*Il seguito rovesciato*»: *le decisioni interpretative di rigetto e l'attività del legislatore*, in Ruggeri A., Silvestri G. (eds.), *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Milano, Giuffrè, 289 ss.
- SOTIS C. 2012. *Le regole dell'incoerenza*, Roma, Aracne.

STONE SWEET A. 2009. *On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court*, in «Revue trimestrielle des droits de l'homme», 80, 2009, 923 ss.

STONE SWEET A., MATHEWS J. 2008. *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in «Columbia Journal of Transnational Law», 47, 2008, 73 ss.

SUNSTEIN C. 1996. *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford, Oxford University Press.

TSAKYRAKIS S. 2009. *Proportionality: An Assault on Human Rights?*, in «International Journal of Constitutional Law», 7, 3, 2009, 468 ss.

VALENTINI, V. 2015. [Continua la navigazione a vista. Europeismo giudiziario ed europeizzazione della legalità penale continentale. Incoerenze, velleità, occasioni](#), in «Diritto penale contemporaneo», 20 gennaio 2015.

VAN DIJK P., VAN HOOFF F., VAN RIJN A., ZWAAK L. (eds.) 2006. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, Intersentia.

VIGANÒ F. 2011. *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, in AA.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, 1989 ss.

VIGANÒ F. 2014a. [Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo](#), in «Diritto penale contemporaneo», 2014, 3-4, 284 ss.

VIGANÒ F. 2014b. [Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche. Corte costituzionale italiana e Corte di Strasburgo tra "guerra" e "dialogo"](#), in «Diritto penale contemporaneo», 14 luglio 2014.

VIGANÒ F. 2014c. *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale*, in Paliero C.E., Moccia S., De Francesco G.A., Insolera G., Pelissero M., Rampioni R. Risicato L. (eds.), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 213 ss.

VIGANÒ F. 2015. [La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione](#), in «Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale», 2015, 2, 336 ss.

VILLA V. 1993. *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, Torino, Giappichelli.

WALDRON J. 1993. *Rights in Conflict*, in Id., *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*, Cambridge, Cambridge University Press, 203 ss. (1989)

WALDRON J. 2012. *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*, in «Michigan Law Review», 111, 2012, 1 ss.

WEBBER G. 2009. *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press.

WILLIAMS B. 1995. *Internal Reasons and the Obscurity of Blame*, Cambridge, Cambridge University Press.