

INTRODUZIONE

L'idea comune a quasi tutti i contributi di cui si compone il volume è che il bilanciamento sia ormai una tecnica di ragionamento giudiziario tendenzialmente e generalmente riconosciuta come l'unica forma in grado di spiegare la struttura argomentativa degli organi deputati alla produzione normativa e, pertanto, non solo dei giudici, bensì anche del legislatore. Sebbene in teoria del diritto, e questo emerge dal volume in oggetto, non manchi chi rifiuta di vedere nel bilanciamento la tecnica fondamentale del ragionamento giudiziario, che, invece, andrebbe ricostruito a partire da altre prospettive, come, ad esempio, quella della specificazione, tuttavia, è quasi generale l'idea per cui solo mediante una ponderazione di interessi e valori si riuscirebbe a ricostruire il ragionamento dei vari attori istituzionali.

Quello che emerge nel complesso, però, non è tanto la contestazione dell'attività di ponderazione quale forma fondamentale del ragionamento giudiziario, quanto piuttosto l'esigenza di delineare modelli teorici che impediscano all'attività di ponderazione, da un lato, possibili derive decisionistiche e dall'altro, l'incapacità di essere estesa anche al di là della singola e irripetibile questione sottoposta all'attenzione del giudice. I rischi, e così anche i limiti del bilanciamento, consisterebbero piuttosto nel non sapere rispettare quei postulati di razionalità, da cui esso stesso si origina, così da oscillare tra l'incapacità di applicarsi anche a situazioni diverse da quelle addotte in giudizio, e l'assenza di criteri stringenti di controllo epistemico. In tema di trasferimento di dati personali, ad esempio, il riconoscimento del contenuto essenziale di un diritto fondamentale non metterebbe automaticamente al riparo dal decisionismo giudiziale fino a quando non venisse integrato dal principio di proporzionalità.

Alternativo al modello del diritto per sole regole, l'attività di ponderazione si è affermata come fondamentale non solo in sede teorico generale, bensì anche nella dogmatica delle singole aree giuridiche disciplinari, quali, ad esempio, il diritto costituzionale e il diritto penale. Il timore, però, è che il modello del bilanciamento non sia in grado di garantire quelle prestazioni di razionalità che pure sono alla base della genesi della stessa attività ponderativa. Di qui, la presentazione, nel volume, di modelli teorici, come quello della convergenza razionale, animati dall'esigenza appena menzionata di connettere in maniera progressivamente più stringente bilanciamento e controllo epistemico. Come pure il richiamo delle dinamiche della penalistica italiana, che, dopo un'entusiastica apertura agli stili di ragionamento delle varie giurisprudenze europee, sta avvertendo l'esigenza di una recezione più critica e meno soggetta alle suggestioni delle varie corti sovranazionali, già da tempo avvezze a ragionare non più per sole regole, bensì soprattutto per principi. Nel

merito, si allude al fatto che la Corte costituzionale italiana, pur nel rispetto del dialogo fra Corti, abbia cominciato ad aumentare i margini di apprezzamento o di bilanciamento in modo da filtrare gli apporti delle decisioni delle corti sovranazionali sul diritto interno.

Ed è proprio quest'ultimo aspetto che apre una seconda prospettiva della teoria del bilanciamento, ora non più applicato a valori e principi contrapposti all'interno della singola norma, bensì anche al sistema delle fonti dinamicamente inteso come quell'equilibrio di poteri che sarebbe caratteristico del modello del *Rule of Law*. Partendo dal presupposto che i valori alla base delle istituzioni contemporanee siano sostanzialmente due, quello della certezza giuridica e quello della giustizia, l'idea è che si dovrebbe bilanciare tra i vari organi che definiscono tale modello di Stato alla luce di una ponderazione ancora più originaria, quale quella tra i due valori concorrenti fondamentali appena richiamati.

Questa seconda prospettiva, sottilmente emersa sia nella riflessione penalistica sul rapporto tra Corte costituzionale italiana e Corte Edu, sia nel dibattito sulla legittimazione democratica della Corte costituzionale, necessiterebbe, però, di un volume separato. In definitiva, però, ciò che anche da questo volume emerge è che la teoria del bilanciamento ambirebbe a candidarsi come ipotesi ricostruttiva di struttura non solo delle singole norme giuridiche, bensì anche dei differenti sistemi di fonti di produzione normativa.

Leonardo Di Carlo

LA CUSTODIA DELLA COSTITUZIONE. DI GIUDICI, DIRITTI E PRINCIPI

Massimo La Torre

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Nel crepuscolo di Weimar. – 3. Regole, principi, e bilanciamento. Rappresentanza argomentativa. – 4. Costituzionalismo garantista contro costituzionalismo principialista. – 5. Questione istituzionale e questione metodologica. Discorso di giustificazione e discorso di applicazione.

1. *Premessa*

Mi preme innanzitutto fare un'osservazione preliminare. Vi è differenza, per certi versi, tra ciò che è “la custodia della costituzione” e ciò che è la “giustizia costituzionale”. Quest'ultima è esclusivamente diretta a verificare la costituzionalità di atti normativi e giuridici, vale a dire, se un certo fatto di diritto positivo sia diritto valido. La “custodia della costituzione” rinvia piuttosto al soggetto di un intervento di salvaguardia dell'ordine giuridico complessivo, dell'ordine costituzionale nel suo complesso, dinanzi ad una situazione di eccezione o di emergenza tale da poter sovvertire quest'ordine generale. Ora, la questione dell'emergenza per ragioni di sicurezza pubblica, o la gestione di uno stato d'eccezione, un'emergenza sanitaria per esempio, non può essere oggetto, almeno in prima battuta, di provvedimenti solo o eminentemente giudiziari. Tuttavia, se la “custodia della costituzione” non coincide necessariamente e concettualmente con la “giustizia costituzionale”, quest'ultima ha sempre e comunque una funzione di garante e “custode” della costituzione.

La giustizia costituzionale ci appare come una istituzione e pratica abbastanza recente, negli Stati costituzionali europei in buona sostanza affermatasi a partire del primo dopoguerra, con la costituzione cecoslovacca del 1919 e con quella austriaca del 1920. Essa tuttavia ha degli antecedenti storici non trascurabili, sia teorici che storici. Basti pensare al “consiglio notturno” delle *Leggi* di Platone, oppure ai “censori” di cui si discute nel *Trattato politico* di Spinoza, o agli “Efori” previsti nel progetto di costituzione della Repubblica Napoletana del 1799. D'altra parte, i *Parlements* francesi di Antico Regime, con il loro potere di “registrazione” delle “ordinanze” del monarca, ricordano abbastanza, *mutatis mutandis*, la “judicial review” dei nostri giorni.

Ovviamente, la discussione moderna sulla giustizia costituzionale ha la sua origine nella sentenza *Marbury vs. Madison* della Corte Suprema statunitense nel 1803, e nelle parole

del giudice Marshall che sostiene che «è una affermazione troppo evidente per essere contestata che, o la costituzione controlla ogni atto legislativo in contrasto con essa, o il legislatore può modificare la costituzione con un suo atto ordinario». E poiché in quest'alternativa *tertium non datur*, se si vuole che la costituzione abbia un senso ed una funzione sua propria, allora deve essere possibile un controllo giurisdizionale sul rispetto d'essa da parte del legislatore¹. Altrimenti il legislatore sarebbe permanentemente un "costituente", e modificherebbe portata e significato della legge suprema costituzionale. Ed allora non si comprenderebbe perché uno Stato abbia voluto dotarsi di una costituzione, là dove questa non fosse in grado di offrire un limite ed un criterio per la validità della legge ordinaria.

Com'è noto, la questione del "custode della costituzione" ha un particolare rilievo, e certa drammaticità, negli anni tumultuosi della Repubblica di Weimar². I due principali contendenti qui sono Hans Kelsen e Carl Schmitt. Sappiamo che Kelsen è l'artefice del sistema, sia pure abbastanza limitato, di giustizia costituzionale introdotto dalla Costituzione austriaca del 1920³. Ma il dibattito più vivace e importante è sull'interpretazione da darsi alla Costituzione di Weimar del 1919, la costituzione cioè della Repubblica Democratica Tedesca prodotto del crollo dell'Impero germanico all'indomani della Prima Guerra Mondiale. Tale dibattito ha però una connotazione e rilevanza teorica che va al di là della contingenza storica nel quale ha luogo⁴.

2. *Nel crepuscolo di Weimar*

È risaputo che Kelsen proprio a partire dal primo dopoguerra configura l'ordinamento giuridico come un sistema gerarchico di distinti livelli normativi, ovvero di posizione e produzione di norme positive⁵. Il livello superiore autorizza o meglio costituisce il sistema di competenze mediante il quale si produce il livello inferiore. È possibile dunque, ed anzi necessario secondo il principio della massima legalità possibile, che vi sia un controllo giurisdizionale delle competenze esercitate per ciascun livello. Anche il potere legislativo dovrà pertanto poter essere controllato per quanto attiene all'esercizio delle sue competenze nel rispetto della norma superiore della costituzione. Quelle competenze risultano infatti fissate ed attribuite da disposizioni della costituzione, livello normativo superiore a quello della legislazione.

La giustizia costituzionale per Kelsen è allora il risultato di due fattori o condizioni: (a)

¹ Cfr. C. Nino, *A Philosophical Reconstruction of Judicial Review*, in *Cardozo Law Review*, 14, 1992-1993, p. 798 ss.

² Sul dibattito di teoria del diritto e della costituzione negli anni della Repubblica di Weimar mi permetto di rinviare a M. La Torre, *La crisi del Novecento. Giuristi e filosofi nel crepuscolo di Weimar*, Dedalo, Bari 2006.

³ Cfr. G. Bongiovanni, *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. Hans Kelsen e la costituzione austriaca del 1920*, Giuffrè, Milano 1998.

⁴ Cfr. M. La Torre, *Chi ha paura del giudice costituzionale? Decisionismo e positivismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 42, 2013, p. 153 ss.

⁵ Cfr. H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen 1920.

il principio di massima legalità possibile inerente ad ogni ordinamento giuridico, e (b) la struttura a gradini secondo livelli normativi superiori ed inferiori d'ogni ordinamento normativo positivo. Se esercitata secondo criteri formali precisi e restrittivi, dunque secondo una certa tassatività delle norme costituzionali che deve sempre essere mantenuta, la giustizia costituzionale non farebbe problema. Non è così per Carl Schmitt.

Per il giurista tedesco la difesa della costituzione dev'essere affidata a un *potere neutro*, figura che Schmitt risuscita dalle ceneri della dottrina della monarchia costituzionale. Dev'essere così perché il potere di custode della costituzione è di tale rilevanza e portata che se detenuto da uno qualunque dei tre poteri dello Stato, legislativo, esecutivo, e giudiziario, lo renderebbe assai più forte degli altri, alterando a suo favore la separazione dei poteri e la bilancia tra questi. Il potere neutro secondo Schmitt è quello che esercita il Capo dello Stato, un monarca costituzionale, ovvero, nel caso della Germania di Weimar, il Presidente della Repubblica. Sarà lui allora il custode della costituzione, garantendo il rispetto di quella mediante i poteri che gli sono conferiti, tra cui quelli di veto e quell'altro più drammatico di proclamare lo stato d'emergenza o d'eccezione.

Schmitt, per ulteriormente motivare la sua tesi, riprende poi la distinzione classica tra deliberazione politica e giurisdizione, attività in buona sostanza discrezionale la prima, mentre la seconda si darebbe mediante operazioni logico-formali. Ora, se il giudice avesse a decidere applicando le norme costituzionali, norme generalissime e principi materiali, si ritroverebbe a dover ricorrere ad una deliberazione essenzialmente politica, usurpando allora la competenza del legislatore.

Il giudice costituzionale deciderebbe in maniera discrezionale alla maniera del legislatore. Non opererebbe mediante sussunzioni logico formali. Dallo Stato legislativo, legittimabile democraticamente, passeremmo allo Stato giurisdizionale, al *governo dei giudici*, che non può giustificarsi per via democratica. Schmitt introduce inoltre un'altra possibile alternativa: quella tra "materie arbitrabili" e materie non arbitrabili in una controversia. Ora, la materia della costituzionalità delle leggi e degli atti di governo e degli atti di governo sarebbe materia non arbitrabile. Non vi sarebbero in questo caso interessi di pari dignità in gioco bensì si tratterebbe di giudicare di leggi come provvedimenti generali della comunità.

Schmitt infine conclude il suo attacco alla giustizia costituzionale riprendendo e precisando una concezione formalista della giurisdizione. Questa è operazione di sussunzione di certi casi a determinate fattispecie fissate in una norma. Ora, nella norma costituzionale non si rinviene una specifica fattispecie. Nella revisione di costituzionalità si tratterebbe allora di sussumere norme, e non fatti, in norme, vale a dire le norme del legislatore andrebbero sussunte nelle norme della costituzione. Questa però risulta un'operazione logicamente impossibile, e comunque non certo in una sussunzione, e dunque dà luogo ad un giudizio altamente discrezionale. In realtà – dice Schmitt – le due norme qui «si mettono a confronto ma non sono sussunte o "applicate" l'una all'altra»⁶. Ora – continua – «l'applicazione d'una norma ad un'altra norma è qualcosa di qualitativamente diverso dall'applicazione di una norma ad una fattispecie, e la sussunzione di una legge sotto un'altra

⁶ C. Schmitt, *Il custode della costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano 1981, p. 70.

legge (se mai è pensabile) è qualcosa di essenzialmente diverso dalla sussunzione di una fattispecie regolata sotto la sua regolazione»⁷.

Vi è poi il problema che, a differenza delle norme legislative più concrete e munite di fattispecie, dunque di un riferimento empirico, sulle norme costituzionali, norme generalissime, vi è controversia rispetto al loro contenuto. Applicarle dunque diventa un esercizio altamente discrezionale, pertanto necessariamente di carattere politico. Un tale giudizio politico non può allora affidarsi ad un giudice che deve, a differenza del politico, operare in maniera imparziale. La azione politica è parziale, orientata al perseguimento di un fine, quella giurisdizionale è imparziale, orientata all'osservanza di una regola. Rendere la giurisdizione politica sarebbe una perversione di questa.

Kelsen risponde a tutti questi argomenti. La messa in scena di un "potere neutro" oltre i tradizionali tre poteri dello Stato è stata – si obietta – una dottrina tutta ideologica, tesa alla giustificazione della monarchia. Non si vede del resto come il capo dello Stato, cui fa capo il potere esecutivo, e con competenze supreme rispetto a questo, possa concepirsi come "neutro", ovvero come "neutrale". Esso non è neutrale rispetto ai tre poteri dello Stato, giacché è la somma rappresentazione di uno di essi, il potere esecutivo. Dargli la qualifica di custode della costituzione significherebbe modificare la struttura e l'equilibrio della separazione dei poteri ed a vantaggio di uno solo di essi, l'esecutivo. E del resto per Schmitt lo Stato moderno «è essenzialmente uno Stato dell'esecutivo (*Staat der Executive*)»⁸.

Kelsen ribadisce che l'interpretazione delle norme, quali che queste siano, è di sovente oggetto di controversia. La controversia si dà non solo per l'interpretazione e l'applicazione delle norme costituzionali, ma anche e in genere per tutte le norme di diritto positivo. Infatti – ricorda «la maggior parte delle decisioni di cause sono decisioni di dubbi e divergenze sul contenuto di una disposizione di legge»⁹. La controversia non è esclusiva dell'applicazione delle norme costituzionali. Vale anche per gli atti del legislatore. E vi è un giudice, giurisdizione, proprio in quanto v'è controversia e necessità di risolvere questa.

Anche nel caso dell'applicazione di norme costituzionali può essere questione di sussunzione o riferimento ad una fattispecie. In realtà qui la sussunzione non è della norma legislativa sotto la norma costituzionale, bensì del fatto della produzione della norma legislativa nella fattispecie che regola la competenza del legislatore. La giustizia costituzionale – dice Kelsen – consiste «semplicemente nel fatto che una norma dev'essere annullata nel caso concreto o in linea generale perché la fattispecie della sua produzione contrasta con la norma che regola questa fattispecie e che quindi è di grado più elevato»¹⁰.

Non v'è – sostiene ancora Kelsen – una radicale distinzione tra applicazione e produzione della norma. È quello che Adolf Merkl, l'allievo più acuto di Kelsen, chiama «il vol-

⁷ Ivi, p. 69.

⁸ C. Schmitt, *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung*, ora in Id., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlin 1958, p. 98.

⁹ H. Kelsen, *Chi dev'essere il custode della costituzione?*, in Id., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Giuffrè, Milano 1981, p. 245.

¹⁰ Ivi, p. 248.

to duplice del diritto»¹¹. L'applicazione delle norme – per Kelsen – implica produzione di nuovo diritto. In ciò consiste tra l'altro la differenza tra diritto e morale. Mentre in quest'ultima la norma per il caso concreto si deduce solo logicamente dalla norma generale, nell'ordinamento giuridico la regola per il caso concreto è il risultato non tanto di un'operazione logica di sussunzione quanto dell'esercizio di un potere autorizzato o ascrivito da una norma superiore di carattere generale. È questa la nota differenza tra "ordinamento statico", là dove le norme inferiori o particolari si deducono logicamente dalle norme superiori o meglio generali, e "ordinamento dinamico", nel quale le norme sono connesse tra loro soprattutto mediante ascrizioni di poteri di un'istanza superiore ad un'istanza inferiore. Che l'applicazione del diritto sia anche produzione di questo è cosa tra l'altro riconosciuta allo stesso Schmitt che scrive quanto segue: «in ogni decisione, persino in quella di un tribunale che decide processualmente sussumendo in modo conforme alla fattispecie, c'è un elemento di pura decisione, che non può essere derivato dal contenuto della norma»¹².

La tradizionale teoria della separazione dei poteri dello Stato è per Kelsen indifendibile: legislazione e giurisdizione sono spesso sovrapponibili. In particolare, questo è il caso della giustizia costituzionale: «Judicial review of legislation [...] is a legislative and not a purely judicial function»¹³. Anche se tale funzione legislativa del giudice costituzionale è configurata da Kelsen in termini negativi. Il giudice costituzionale non sarebbe che un "legislatore negativo", in quanto avrebbe solo il potere di abrogare norme positive, dichiarandole incostituzionali, ma non potrebbe disporre di nuove.

Kelsen tuttavia riconosce che la giustizia costituzionale può far problema. E che alcune delle critiche di Schmitt non sono senza fondamento. In particolare, Kelsen manifesta la sua perplessità rispetto alla estrema vaghezza o generalità delle norme della costituzione. «Non si può [...] negare che il problema posto da Schmitt circa i "limiti" della giurisdizione in generale e della giurisdizione costituzionale in particolare è del tutto legittimo»¹⁴. «Le norme costituzionali – continua Kelsen – che un tribunale è chiamato ad applicare e, in particolare, quelle che stabiliscono il contenuto delle leggi future – come le disposizioni sui diritti fondamentali e simili – non devono essere formulate in termini troppo generici, non devono contenere parole d'ordine vaghe come "libertà", "uguaglianza", "giustizia" ecc. Altrimenti c'è il pericolo di uno spostamento di potere – non previsto dalla costituzione e politicamente assai inopportuno – dal parlamento a un organo esterno ad esso che può essere espressione di forze politiche del tutto diverse da quelle rappresentate in parlamento»¹⁵.

Tuttavia, anche la posizione di Kelsen non pare del tutto soddisfacente. Secondo il giurista viennese i diritti fondamentali previsti nella costituzione risultano ammessi ed

¹¹ A. Merkl, *Il volto duplice del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, a cura di C. Geraci, Giuffrè, Milano 1987.

¹² C. Schmitt, *Il custode della costituzione*, cit., p. 75.

¹³ H. Kelsen, *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution*, in *The Journal of Politics*, 4, 1942, p. 200.

¹⁴ H. Kelsen, *Chi dev'essere il custode della costituzione?*, cit., p. 253.

¹⁵ Ivi, p. 254.

operativi o come una sorta di riserva di legislazione oppure come mere norme programmatiche. I diritti fondamentali in questa prospettiva non sarebbero azionabili dinanzi a nessun tribunale. Il cittadino non potrebbe rivendicarli in giudizio prima di una loro conferma ed attuazione legislativa. Si priverebbe però in tal modo la giustizia costituzionale di ciò che invero le dà vera legittimità: la protezione dei diritti fondamentali, e dello statuto di cittadinanza, e dunque la garanzia dei diritti individuali e la possibilità per il cittadino di chiederne la riparazione – riparazione per casi concreti e particolari che ovviamente è preclusa all'attività del legislatore che opera per norme generali. È solo dinanzi ad un giudice che il soggetto può far sentire e valere le sue ragioni particolari. Al legislatore accede solo indirettamente e in via generale, al giudice può rivolgersi invece direttamente e in via specifica. Qui risiede plausibilmente la vera fonte di legittimità della giustizia costituzionale.

3. Regole, principi, e bilanciamento. Rappresentanza argomentativa

Un interessante e più recente dibattito sulla giustizia costituzionale, i suoi limiti e la sua giustificazione, è quello svoltosi tra Robert Alexy e Luigi Ferrajoli. Per intenderlo bisogna partire da alcune nozioni generali di teoria del diritto, in particolare da quella tra “regole” e “principi”. Questa è una distinzione introdotta da Ronald Dworkin, giurista angloamericano di grande forza, e poi ripresa e rielaborata e ulteriormente precisata, e irrigidita, da Robert Alexy, studioso tedesco di diritto pubblico e di filosofia del diritto. Le “regole” – si afferma – sono norme che richiedono che qualcosa sia realizzato *in maniera definitiva*. Le norme non possono confliggere tra loro e mantenere la loro validità. Se collidono, una sarà valida, e le altre contraddittorie saranno invalide. E ciò si determinerà mediante regole di priorità temporale, gerarchica o di specialità.

I principi invece sono norme che possono, pur confliggendo, essere tutti validi per un caso. Ciò si spiega giacché essi mancano di fattispecie, di condizione di applicabilità. Non si possono quindi sussumere, ma solo bilanciare, laddove si vuole usarli rispetto ad un caso specifico. Questo dice Dworkin. E Alexy aggiunge che i principi richiedono che qualcosa sia realizzato nella maggiore misura possibile secondo quanto è possibile di fatto e di diritto. Alexy sostiene che essi sono dunque *precetti di ottimizzazione*. Le regole sarebbero rette da una logica deontologica, i principi da una logica teleologica (almeno secondo la prospettiva di Alexy).

Una tesi ulteriore in questa prospettiva è che i diritti costituzionali abbiano essenzialmente il carattere di principi. Questa è una tesi difesa da Alexy, e invece rigettata da Dworkin. Per Dworkin infatti i diritti al contrario sono “regole”, non “principi”. Hanno vale a dire un rigoroso carattere deontologico. Non possono essere interpretati ed adoperati secondo una logica teleologica. Ad essi non si addice il bilanciamento, in quanto costituiscono dei “trumps”, dei poteri di veto, che possono opporsi alle misure legislative, queste sì spesso dettate da considerazioni teleologiche o consequenzialistiche¹⁶. Per Alexy

¹⁶ Cfr., da ultimo, R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press, Cambridge, Mass. 2011, p. 412 ss.

al contrario, in ciò dissentendo e distanziandosi dalla teoria di Dworkin, i diritti costituzionali, come principi, si applicano mediante *bilanciamento*.

Un'altra tesi fondamentale, nella prospettiva di Alexy, è che si dà una connessione necessaria, non contingente, tra principi e criterio della proporzionalità¹⁷. Ciò perché si ritiene che il conflitto tra principi sia inevitabile, poiché tra essi – come si è detto – non vale la regola della contraddizione logica rispetto alla possibile applicabilità ad un caso. Si rende necessario, per applicarli, un'operazione di bilanciamento, di considerazione del *peso* dei principi rispetto al caso in esame. Su questo punto Alexy concorda con Dworkin. Ma Alexy specifica ulteriormente in cosa consiste l'operazione di bilanciamento, e ritiene che questa possa rendersi innanzitutto mediante una *prima legge di bilanciamento*. Che recita nel modo seguente: Maggiore è il grado di non-realizzazione, o di detrimento, per un principio, maggiore dev'essere l'importanza di soddisfare l'altro principio¹⁸.

Alexy identifica poi una *seconda legge di bilanciamento*. Vanno qui innanzitutto distinti due tipi di discrezionalità cui il principio rimanda per la sua realizzazione: la discrezionalità *strutturale* e quella *epistemica*. Vi è discrezionalità strutturale per ciò che attiene alla determinazione della gravità o del detrimento o della rilevanza del peso di un principio. La discrezionalità epistemica si dà in casi di incertezza empirica e/o normativa. Si dà allorché l'argomentazione non riesce a determinare la prevalenza del detrimento di un principio sull'importanza di un altro principio, e viceversa. In questo caso il controllo di costituzionalità non può che solo vertere sull'uso corretto delle competenze formali concesse al legislatore. La seconda legge di bilanciamento recita che: Maggiore è il grado di detrimento per un principio, o di interferenza per un diritto fondamentale, maggiore dev'essere la certezza delle ragioni che giustifichino quel certo detrimento o quella certa interferenza¹⁹.

Per Alexy una legge risulta costituzionale, e dunque supera il giudizio di costituzionalità, solo se è proporzionale, dato che i principi collidono, e che tale collisione si può risolvere solo mediante bilanciamento il cui criterio fondamentale è quello di *proporzionalità*. Questa viene concettualizzata seguendo in buona sostanza la dottrina sviluppata nella giurisprudenza della Corte Costituzionale Federale tedesca, che la articola in tre momenti, o sotto-criteri: quello della necessità, quello dell'adeguatezza, e quello della proporzionalità in senso stretto. Quest'ultimo è poi interpretato da Alexy, in un'originale proposta, nei termini dell'ottimizzazione paretiana.

Ma tale controllo di proporzionalità potrebbe essere compiuto dallo stesso legislatore. Perché dovremmo aver bisogno di un giudice? Alexy ritiene che l'intervento del giudice, di un giudice costituzionale, si deduce dalla natura teleologica dei principi (e in generale dei diritti costituzionali) e dal criterio di proporzionalità che guida il loro uso.

¹⁷ Cfr. R. Alexy, *Constitutional Rights and Proportionality*, in *Revus – Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 22 (2014), pp.51 ss.

¹⁸ Cfr. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1986, p. 146.

¹⁹ Questa seconda legge di bilanciamento è introdotta nel *Poscritto* alla *Theorie der Grundrechte*, per cui si veda inizialmente la versione inglese (a cura di Julian Rivers), *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford 2002, pp. 418-419. Cfr. in merito J. Rivers, *Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing*, in *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, ed. by G. Pavlakos, Hart, Oxford 2007, p. 167 ss.

Almeno due argomenti, secondo Alexy, giustificano l'intervento di un giudice per assicurare che i principi (e anche diritti) costituzionali siano applicati col criterio che è loro proprio di proporzionalità. Vi è innanzitutto un argomento formale. Qui il principio "nemo iudex in causa sua". Il legislatore non può giudicare la validità dei suoi propri atti. Si rende necessario il giudizio di un terzo imparziale. E comunque è meglio un controllo di legalità, in questo caso sugli atti del legislatore, che nessun controllo. Vi è poi un argomento sostanziale da far valere.

La giustizia costituzionale – sostiene Alexy – è legittima perché garantisce le condizioni procedurali presupposte dallo Stato democratico e della sua legislazione. Un'adeguata concezione della democrazia deve ricomprendere e fondare tanto la forma, l'autore, della decisione (autogoverno, o governo della maggioranza) quanto la sostanza, il contenuto, dell'argomentazione che motiva la decisione. Ciò vale tanto per il legislatore come anche per il giudice costituzionale. Solo che qui, nel caso del giudice costituzionale, la dimensione argomentativa, il suo contenuto, è – aggiunge Alexy – la sua "dimensione essenziale".

Nondimeno Alexy riconosce che «l'esistenza di argomenti buoni o corretti è sufficiente per la deliberazione o riflessione ma non per la rappresentanza»²⁰. Sarebbe allora che il contenuto della argomentazione non possa ancora supplire alle deficienze della forma della argomentazione, vale a dire della sua insufficiente rappresentatività democratica. Come si farà allora a giustificare una decisione sia pure in principio corretta là dove il suo autore non abbia una piena responsabilità rappresentativa? Alexy ritiene che la lacuna tra rappresentanza e argomentazione possa essere colmata là dove «il livello ideale diviene connesso col livello reale di effettiva accettazione»²¹. Ma che vuol dire?

Una decisione del giudice costituzionale sarà democraticamente legittima se si può presumere che essa risulti accettabile alla maggioranza dei cittadini. Questa presunzione per il giurista tedesco necessita di una ulteriore presunzione. Deve poter assumersi una generalità di cittadini capaci di valutare razionalmente la qualità delle argomentazioni prodotte dal giudice costituzionale. Questo deve poter contare su un uditorio virtuoso. Deve darsi – specifica ancora Alexy – «l'esistenza di un numero sufficiente di persone razionali, cioè persone che siano capaci e pronte ad accettare argomenti buoni o corretti per la ragione d'essere questi buoni o corretti»²². Devono darsi dunque quelle che il giurista tedesco chiama "persone costituzionali". È la presenza di queste che darebbe legittimità alla giustizia costituzionale, rendendo possibile la sua rappresentatività argomentativa.

Sorge però qui una domanda. Chi ci garantisce che, se pure si dà tale figura ideale o trascendentale, la "persona costituzionale", questa riconosca ed accetti l'argomentazione della corte? Per accertarlo dovremmo in qualche modo prefigurare e configurare un ambito discorsivo tra giudici e cittadini, e la possibilità per questi ultimi di dissentire dall'argomentazione giudiziale, e di conseguenza di negare validità alla decisione giudiziale. Tale momento comunicativo, e quella possibilità di contrasto, sia pure solo argomentati-

²⁰ Cfr. R. Alexy, *Constitutional Rights, Democracy and Representation*, in *Riv. fil. dir.*, 1, 2015, p. 34; Id., *Balancing, Constitutional Review and Representation*, in *I-Con*, 2005, p. 580: «The existence of good or plausible arguments is enough for deliberation or reflection, but not for representation».

²¹ Id., *Constitutional Rights, Democracy and Representation*, in *Riv. fil. dir.*, 1, 2015, p. 34.

²² *Ibidem*.

vo, dell'azione del giudice sono del tutto assenti nella ricostruzione "trascendentale" di Alexy. La qualità degli argomenti cui questa si richiama non è certificata da nessuna istanza discorsiva esterna al soggetto o ai soggetti (la corte) che ad essa si richiama. La ragione rimane qui ancora assolutamente monologica, anche se espressa da un'agenzia collettiva. Questa però non ha capacità di comunicazione con il suo possibile interlocutore se non mediante un richiamo tautologico alla bontà del proprio lavoro. Manca la tematizzazione discorsiva, e la razionalità si rifugia nuovamente in una pretesa non contestabile, dunque non pragmaticamente verificabile, della propria supremazia. Questa allora, in mancanza della possibilità della contestazione e della falsificazione, potrebbe essere usata allora come un artificio ideologico per conferire una giustezza e soprattutto legittimità che è affatto assente. È veramente il trionfo del giudice-re.

4. *Costituzionalismo garantista contro costituzionalismo principialista*

Contro la ricostruzione di Alexy si dirige la critica serrata di Luigi Ferrajoli, autorevole giusfilosofo italiano. Ferrajoli muove dalla constatazione di un mutamento di paradigma dei sistemi giuridici europei a partire dal secondo dopoguerra. Si produce un intenso diritto sul diritto, si dà cioè una costituzionalizzazione rigida dei diritti fondamentali. La costituzione ristrutturata la nozione e la pratica della sovranità, fissando ora la sfera del non decidibile e la sfera del decidibile (da parte del legislatore), vale a dire di ciò che nessuna maggioranza può decidere e di ciò che ciascuna maggioranza può decidere. Rispetto ai diritti di libertà e di autonomia si dispone un passo indietro del potere politico, vale a dire la costituzione impone in questi ambiti un obbligo di astenersi da interventi restrittivi. Per ciò che concerne i diritti sociali si dispone invece un passo in avanti del potere politico, vale a dire un obbligo di intervento e di implementazione in capo agli organi dello Stato.

Ferrajoli sottolinea che la costituzione rigida di diritti fondamentali determina una virtuale divaricazione deontica tra i due tipi principali di fonti del diritto, costituzione e legge. Si assiste ad una sorte di recezione o positivizzazione dei principi del diritto naturale. Le odierne costituzioni rigide «hanno trasformato in norme costituzionali le leggi della ragione»²³. È allora possibile concepire e positivamente operazionalizzare un diritto materialmente illegittimo e non solo più solo formalmente. Si dà cioè una divaricazione tra la qualità del vigore della legge, la sua emanazione secondo corrette procedure formali, e la sua validità, che non dipende più dalla prima qualità, ma esprime la congruenza sostanziale della disposizione normativa col dettato costituzionale. Una legge in vigore (formalmente legittima) non è necessariamente una legge valida (costituzionalmente legittima). Tale divaricazione deontica tra vigore e validità va ovviamente risolta, anche in virtù dell'architettonico criterio della certezza del diritto, e questo è giusto il compito, e la giustificazione funzionale, della giustizia costituzionale.

²³ Cfr. L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy*, in *Riv. fil. dir.*, 1, 2015, p. 41.

Si pone però anche il problema della legittimità politica della giustizia costituzionale all'interno di un ordinamento di carattere democratico, considerato che il giudice qui può dichiarare invalida una decisione del parlamento, del legislatore democraticamente eletto dal popolo, soggetto cui devono potersi imputare tutte le norme dell'ordinamento medesimo. Tale problema ha una dimensione *istituzionale* e una dimensione *metodologica*.

La prima è la questione intorno alla rappresentatività democratica della corte di giustizia costituzionale. La seconda è quella del tipo di ragionamento giuridico proprio di una revisione di costituzionalità che si accrediti come democratica. In questa seconda dimensione si tratta di accertare quale sia l'operazione logica e/o argomentativa appropriata e valida per l'applicazione dei principi e dei diritti costituzionali da parte del giudice preposto alla loro garanzia.

Una costituzione rigida, se non vuole essere vanificata da un qualsivoglia atto del legislatore, e inoltre voglia mantenere una coerente ed omogenea vigenza delle sue disposizioni, richiede un meccanismo di controllo della costituzionalità della produzione di diritto positivo. D'altra parte, la costituzione in virtù dei suoi diritti fondamentali garantisce ai cittadini l'esercizio di sovranità *uti singuli*, come singoli individui, e non più solo come membro di un elettorato, e parti di volontà generale espressa attraverso la legislazione ordinaria, vale a dire mediante la rivendicazione di quella porzione individuale di sovranità resa possibile ed esercitata con l'esercizio dei diritti fondamentali. Questi possono dunque definirsi frammenti individuali di sovranità popolare e collettiva. Tale esercizio individuale deve potere essere giuridicamente possibile ed è funzione della giustizia costituzionale.

Anche là dove, come nell'ordinamento italiano, il cittadino non possa adire la giustizia costituzionale direttamente rivendicando la protezione di un proprio diritto fondamentale, nondimeno l'eccezione di incostituzionalità sollevata in giudizio muove da un caso specifico nel quale sono in gioco interessi e diritti individuali. È comunque a partire dall'individualità del caso e dalla necessità di protezione di diritti costituzionali in capo a soggettività specifiche che qui si mette in moto il processo di controllo di costituzionalità di una norma. Ora, però, riguardo alla giurisdizione, anche e soprattutto quella costituzionale, la nozione di rappresentanza non può applicarsi o addirsi. Sarebbe al quanto fuorviante parlare del giudice, anche di quello costituzionale, come di un "rappresentante", quanto meno all'interno di un ordinamento che rispetti la tradizionale separazione dei poteri dello Stato. Che la giustizia sia esercitata "in nome del popolo" non significa ancora che il giudice sia rappresentante del popolo, dunque direttamente responsabile dinanzi a questo.

Nelle funzioni dello Stato vanno distinte – dice Ferrajoli –, le funzioni di *governo* dalle funzioni di *garanzia*. I giudici hanno solo funzioni di garanzia. Ora, «la legittimazione democratica delle funzioni di garanzia [...] consiste nell'accertamento della "verità" dei presupposti del loro esercizio»²⁴. Nel caso della giurisdizione costituzionale la verità che rileva è solo la verità giuridica, vale a dire la corretta applicazione ed osservanza del dettato costituzionale. Il giudice si connette alla sovranità popolare proprio perché applica la legge o la costituzione. La legittimità è data al giudice, anche a quello costituzionale, dal principio di massima legalità, dalla soggezione alla legge, e nel caso del

²⁴ Ivi, p. 44.

giudice costituzionale specialmente dalla soggezione alla costituzione, anche se, potrebbe aggiungersi, in un ordinamento fornito di costituzione rigida ogni giudice è un giudice costituzionale e il giudizio di costituzionalità si configura per certi versi come diffuso.

Ma cosa significa soggezione alla legge? Ferrajoli la specifica nella maniera seguente: «La soggezione alla legge [...] consiste nella denominazione del fatto giuridico [...] con le parole della legge»²⁵. Ferrajoli accetta la distinzione di “regole” e “principi”. Ma non condivide l’eccessiva estensione e rigidità data (da Alexy ed altri) alla nozione di principio. In realtà, dice Ferrajoli, bisogna poter distinguere tra principi *direttivi* e principi *regolativi*.

I principi direttivi (per esempio il principio di uguaglianza sostanziale sancito nell’art. 3, c. 2 della Costituzione repubblicana italiana) non richiedono nessuna condotta come obbligatoria, ma sono utilizzabili come argomenti nella interpretazione ed applicazione di altre norme. Dei principi direttivi «non è configurabile nessuna violazione»²⁶. I principi regolativi sono trasformabili in vere e proprie regole, direttamente applicabili. Di essi, si può darsi immediata violazione. Ora, aggiunge Ferrajoli, molti diritti fondamentali si ricavano da tali principi regolativi e dunque «la maggior parte dei diritti fondamentali sono riducibili a regole», vale a dire a disposizioni normative definitive e sussumibili entro una determinata fattispecie. Non si applicheranno pertanto mediante ponderazione o bilanciamento. Vale a questo proposito notare, in questa prospettiva, che non si danno sempre conflitti tra diritti, nel senso che sono tutti vigenti per un caso. In molte circostanze i principi si possono ordinare gerarchicamente.

Nondimeno, Ferrajoli non esclude la possibilità di conflitti tra principi e diritti. Tuttavia, in tali casi a suo avviso la ponderazione non si dà tra le norme, si bilanciano invece «le circostanze del caso concreto che fanno sempre di ciascun caso un caso irripetibilmente diverso da tutti gli altri»²⁷. Il bilanciamento si effettua tra i fatti e le loro caratteristiche. «La cosiddetta ponderazione investe perciò [...] non già le norme da applicare, bensì i connotati singolari e irripetibili dei fatti sottoposti a giudizio»²⁸. Non si pesano le norme, che rimangono sempre le stesse, bensì le circostanze, che sono mutevoli.

In questa ottica, va allora rivalutata e ripensata la categoria di *equità*, cioè della giustizia per il caso concreto. Questa «consistendo in nient’altro che nella comprensione e nella valutazione delle concrete e irripetibili circostanze e connotati che fanno di ciascun fatto un fatto diverso da tutti gli altri, pur se tutti sussumibili nella medesima fattispecie legale»²⁹. Va distinto – dice Ferrajoli – un costituzionalismo *principialista*, nel quale i diritti fondamentali e le norme costituzionali assumono il carattere di principi che esigono per l’applicazione d’essere bilanciati, e un costituzionalismo *garantista*, in cui i diritti fondamentali quali norme costituzionali vengono adoperati come regole o comunque come norme generali che rimandano ad una loro specificazione. Le norme in ogni caso offrono *argomenti*, anche se non prescrizioni definitive, per la decisione sul caso. Le conclusioni metodologiche di Ferrajoli al riguardo sono le seguenti.

²⁵ Ivi, p. 45.

²⁶ Ivi, p. 46.

²⁷ Ivi, p. 48.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Ivi, p. 49.