



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2021

IVAN VALIA

A proposito di bilanciamento e sistema delle fonti

L. Di Carlo (a cura di), *Bilanciamento e sistema delle fonti*,
Giappichelli, Torino, 2020, pp. 170

1/2021

IVAN VALIA*

A proposito di bilanciamento e sistema delle fonti

L. Di Carlo (a cura di), *Bilanciamento e sistema delle fonti*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 170

Ogni qual volta ci si approccia al tema del bilanciamento tra principi, si corre il rischio di riservargli uno spazio piuttosto angusto, quasi che esso possa assumere significato solo dentro i confini disegnati dall'interpretazione giudiziale. Ma, ormai da tempo, la questione dell'attività di ponderazione ha rivelato la sua vera natura, ossia di tecnica di ragionamento non solo giudiziario, comune a diverse aree giuridiche.

Non è dunque un caso che gli undici contributi che compongono *Bilanciamento e sistema delle fonti*, curato da Leonardo Di Carlo, si sviluppino seguendo un percorso che attraversa diversi settori disciplinari.

Il libro può essere diviso idealmente in tre parti: la prima, nella quale possono esser fatti rientrare i saggi di La Torre, Alexy e dello stesso Di Carlo, rappresenta la necessaria cornice teorica dentro la quale il tema del bilanciamento è affrontato dalla prospettiva della filosofia del diritto; nella seconda, attraverso i contributi di Bifulco e Coduti, l'analisi si sposta su un piano operativo, in particolare quello del diritto dell'Unione Europea; la terza, in cui l'attività di ponderazione sfrutta il punto di vista privilegiato del diritto penale, grazie ai contributi di Fiandaca, Tesauro, Di Giovine, Manna, Ruggiero, Salcuni.

Nel primo saggio, *La custodia della costituzione - Di giudici, diritti e principi*, Massimo La Torre affronta alcune classiche questioni intimamente connesse al bilanciamento dei principi e, più in generale, al tema della "custodia della costituzione" che, come l'autore giustamente osserva, è cosa ben diversa dalla "giustizia costituzionale", poiché non riguarda semplicemente il meccanismo formale teso a verificare la costituzionalità delle leggi, bensì attiene, in maniera ben più profonda, alla tutela del sistema giuridico in un senso complessivo. Mentre la storia moderna della giustizia costituzionale si fa risalire alla sentenza *Marbury vs. Madison* della Corte Suprema statunitense nel 1803, il dibattito sulla "custodia della costituzione" assume una certa rilevanza negli anni che hanno

* Assegnista di ricerca e docente di Filosofia politica presso l'Università "Magna Græcia" di Catanzaro.

caratterizzato la Repubblica di Weimar, oltre che nelle opposte prospettive teoriche offerte, com'è noto, da Hans Kelsen e Carl Schmitt.

La Torre delinea con precisione gli elementi fondamentali del dibattito che i due giuristi hanno avuto intorno al problema della custodia della costituzione. Da un lato, Kelsen, il cui modello di giustizia è perfettamente coerente col suo ideale normativo e formale: il controllo di costituzionalità è la logica chiusura dell'ordinamento giuridico strutturato a gradi. Dall'altro lato, Schmitt, secondo cui la difesa della costituzione non può essere adeguatamente realizzata da uno dei tre poteri statuali, bensì attraverso la neutralità del Capo dello Stato, l'unico che potrebbe scongiurare il pericolo di eccessiva discrezionalità e parzialità in mano al *governo dei giudici*. In verità, come osserva Kelsen, tale neutralità non troverebbe riscontro nei fatti, poiché il capo dello Stato è «somma rappresentazione» (p. 4) dell'esecutivo; si tratta, semmai, di un artificio teorico con cui Schmitt intende giustificare la monarchia.

Una volta evidenziati i rischi che lo stesso Kelsen comunque connette all'attività del *legislatore negativo*, La Torre prosegue richiamando un più recente dibattito sulla giustizia costituzionale, quello tra Robert Alexy e Luigi Ferrajoli, per la cui comprensione viene riportata la nota distinzione dworkiniana tra "regole" e "principi". Per Alexy i principi sono *precetti di ottimizzazione* che rispondono ad una logica teleologica. Tra essi – a differenza di quanto sostenuto da Dworkin – rientrano i diritti costituzionali, che sono dunque suscettibili di bilanciamento. È l'inevitabile collisione tra principi a richiedere il bilanciamento, «il cui criterio fondamentale è quello di *proporzionalità*» (p. 7). Il controllo di proporzionalità può essere effettuato solo da un giudice costituzionale perché il legislatore non potrebbe mai giudicare la validità dei suoi stessi atti. Inoltre, la giustizia costituzionale è legittima «perché garantisce le condizioni procedurali presupposte dallo Stato democratico e della sua legislazione» (p. 8). Il giudice costituzionale, per il quale la dimensione argomentativa è "essenziale", produrrà decisioni legittime se risulteranno accettabili da un numero sufficiente di persone che si assumono essere capaci di «valutare razionalmente le qualità delle argomentazioni prodotte dal giudice costituzionale» (p. 8). In ciò si può cogliere la rappresentatività argomentativa della giustizia costituzionale.

La Torre evidenzia poi alcuni aspetti che a sua volta Ferrajoli connette alla giustizia costituzionale. Così, viene sottolineata ciò che costituisce la ragion d'essere funzionale della giustizia costituzionale, ossia il superamento della divaricazione tra la legittimità formale della legge e la

sua congruenza sostanziale col dettato costituzionale, e viene approfondito il tema della legittimità politica della giustizia costituzionale. Non vi sarebbe alcuna carenza di legittimità democratica in capo al giudice costituzionale il quale, pur andando contro il «legislatore democraticamente eletto» (p. 10) è comunque connesso alla sovranità popolare in virtù dell'applicazione della legge o della costituzione.

La distinzione tra regole e principi consente a Ferrajoli, inoltre, di poter distinguere tra principi direttivi (che, non richiedendo nessuna condotta come obbligatoria, non possono essere violati) e regolativi (che, essendo trasformabili in regole, sono invece suscettibili di violazione). Esiste, così, «un costituzionalismo principialista, nel quale i diritti fondamentali assumono il carattere di principi che esigono per l'applicazione di 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» (p. 11).

Ciò che emerge dalla lettura del primo saggio è principalmente il fatto che La Torre non si limita a riportare gli estremi del dibattito tra Ferrajoli ed Alexy ma, in qualche modo, riesce a rendersi partecipe della discussione, come quando, proprio sulla questione della supposta carenza di legittimità democratica della giustizia costituzionale, opera la necessaria distinzione tra la figura del giudice e il fatto della giurisdizione costituzionale. Così, per quanto si debba ammettere che il giudice non possa essere definito – se non metaforicamente - un mero “rappresentante” della volontà popolare, allo stesso tempo è possibile superare il *deficit* democratico della giustizia costituzionale semplicemente osservando che dentro la giurisdizione costituzionale il giudice si configura come uno degli attori, tra cui vanno annoverati gli stessi cittadini. Tale condivisibile prospettiva è la sola che fornisce a questi ultimi, titolari dei diritti costituzionali fondamentali, la possibilità di esercizio di un frammento della loro sovranità.

Il bilanciamento tra principi, nel volume di Di Carlo, diviene così subito pretesto per spingere la discussione oltre, fino ad interrogativi più consistenti che riguardano il significato stesso di Democrazia. Dentro questo solco si colloca anche il saggio *Luigi Ferrajoli's two objections to the principles theory of constitutional rights* in cui Robert Alexy ha l'occasione di replicare alle obiezioni a lui stesso rivolte da Ferrajoli nel saggio “Diritti fondamentali e Democrazia - Due obiezioni a Robert Alexy” del 2015. I punti di contatto tra i due autori non sono pochi, primo fra tutti il fatto che quella tra regole e principi sia una distinzione di natura concettuale. Alexy

evidenzia, inoltre, come la questione istituzionale e quella metodologica richiamate da Ferrajoli, che derivano dalla sua distinzione tra modello garantista e modello principialista, siano tra loro strettamente connesse. La legittimità democratica del giudizio di revisione costituzionale è fortemente legata all'autorevolezza, affidabilità e oggettività dell'argomentazione. Ma proprio intorno alla questione dell'argomentazione emergono importanti differenze tra i due, al punto che Alexy arriva a definire quello di Ferrajoli un modello decisionistico di democrazia, contrapposto al suo modello deliberativo in cui l'argomentazione gioca un ruolo decisivo, dato che essa è l'unico strumento per mezzo del quale è possibile raggiungere "la verità". Da tale prospettiva il giudizio di revisione costituzionale non può essere separato dal discorso democratico generale. Ferrajoli, secondo Alexy, invece, realizzerebbe proprio questa separazione.

La decisività del bilanciamento quale forma di ragionamento necessario per la configurazione del rapporto tra diverse fonti normative e, con esso, la giustificazione razionale di una norma, costituiscono elementi indispensabili per l'intero sistema giuridico. Prova ne è, come sottolinea Di Carlo nel saggio *Bilanciamento e sistema delle fonti*, il fatto che l'idea stessa di ponderazione sia trasversale a diverse teorie del diritto contemporanee.

Da tali presupposti muove l'assunto per cui la validità normativa non può che sganciarsi dalla rigida impostazione vetero-positivista per abbracciare quella contemporanea per cui una norma è valida non solo poiché atto di emanazione legislativo, ma anche perché argomentativamente costituita.

All'interno del saggio vengono, inoltre, (ri)approfonditi temi quali la precettività della norma (nella prospettiva di Sieckmann) e la configurazione della procedura ponderativa nell'idea di Alexy. Il bilanciamento viene così definito «una tecnica argomentativa mirante a stabilire la validità definitiva di una norma sulla base di ragioni e di principi in collisione alla luce di circostanze determinate» (p. 29).

Chiaro è che centrale debba essere l'ottica del partecipante alla procedura del bilanciamento, nel quadro di una serie di criteri e regole che definisca la c.d. "convergenza razionale".

All'interno del saggio di Di Carlo si evidenzia – sfruttando sempre la visione di Sieckmann - che la precettività della norma non possa essere legata solamente alla sua emanazione, poiché ciò contrasterebbe con la supremazia della Costituzione, fatta anche di principi che, all'interno del paradigma argomentativo, finiscono per essere «ragioni per regole» (p. 32).

La declinazione che Sieckmann fornisce del rapporto tra regole e principi serve, tra l'altro, ad evidenziare alcune sue obiezioni nei confronti di Alexy. In particolare, vengono mossi rilievi verso l'idea per cui i principi sarebbero precetti di ottimizzazione, definizione che «non sarebbe in grado di fornire normatività all'esito del bilanciamento» (p. 33).

Più in generale, anche in questo saggio emerge in tutta evidenza l'indispensabilità del confronto con Alexy ogni qual volta ci sia da affrontare il tema del bilanciamento, anche quando, come nel caso di Sieckmann, le soluzioni del professore di Kiel possono presentare elementi di criticità.

La ricca prima parte, che è quella che di certo interesserà maggiormente il filosofo del diritto, è il presupposto teorico che consegna al lettore gli strumenti necessari per orientarsi all'interno di un tema così vasto e complesso. Dentro questa ampiezza e complessità Bifulco, nel contributo dal titolo *Il trasferimento dei dati personali nella sentenza Schrems II: dal contenuto essenziale al principio di proporzionalità e ritorno*, analizza due sentenze della Corte di giustizia relative al caso di Maximilian Schrems in tema di protezione di dati e tutela della privacy. Nello specifico, Schrems aveva chiesto nel 2013 alla Commissione per la protezione dei dati irlandese di vietare il trasferimento dei dati da parte di Facebook Irlanda agli Stati Uniti (Facebook Inc.) poiché, secondo la Commissione, gli Stati Uniti garantivano un adeguato livello di protezione dei dati. Di diversa opinione fu la Corte di giustizia che nel 2015 dichiarò invalida la decisione della Commissione. A seguito della sentenza e della ricerca di nuovi equilibri in tema di trattamento di dati, la Corte dovette ripronunciarsi e nel luglio del 2020 annullò nuovamente la decisione della Commissione nota come "scudo per la Privacy" USA-UE. La vicenda, osserva Bifulco, è di rilevante interesse poiché, riguardando la questione della regolamentazione dei dati verso un paese terzo, pone consistenti interrogativi sul ruolo delle autorità di controllo, sulle diverse sensibilità degli Stati in tema di protezione dei dati ed in particolare su quanto certe ingerenze possano incidere nei diritti fondamentali delle persone.

Coduti, nel contributo *"Il terribile diritto" nelle dinamiche di integrazione europea – La giurisprudenza della Corte Edu e della CGUE sul diritto di proprietà*, affronta un altro tema ricorrente in ogni discussione che riguarda il bilanciamento, ossia il dialogo tra le Corti. In particolare, riferendosi alla proprietà privata, Coduti sottolinea il modo in cui la stessa venga disciplinata dalla Cedu, nell'UE, e dalle Corti nazionali, ponendo per l'appunto in rilievo «le intersezioni tra la giurisprudenza internazionale,

quella nazionale e quella sovranazionale» (p. 62). La proprietà diventa così, per un verso, il pretesto per indagare in senso più ampio i rapporti tra i vari ordinamenti, per un altro, uno strumento utile anche per meglio definire i contorni dell'integrazione europea.

Dalla lettura una delle prime determinazioni a cui si giunge è che il bilanciamento, e con esso i principi costituzionali nazionali e sovranazionali, ha contribuito a ridefinire il concetto stesso di diritto, alla costante ricerca di una dimensione in cui esso possa definitivamente affrancarsi dalle asperità tipiche del positivismo più duro. Da questo processo evolutivo, come evidenzia Fiandaca nel saggio *Intorno al bilanciamento in ambito penale, tra legislazione e giurisdizione*, non è certamente esente il diritto penale, sempre «meno giuspositivisticamente legicentrico, intessuto in misura ben maggiore che in passato di principi prima ancora che di regole, più aperto alla concretizzazione giurisprudenziale e a operazioni di bilanciamento tra beni giuridici o esigenze di tutele e conflitto o concorrenza» (p. 77).

Pur dalla prospettiva del penalista, Fiandaca fa proprie alcune distinzioni care alla teoria e alla filosofia del diritto, ossia quella tra principi e valori o quella tra principi e regole. Con particolare riferimento a quest'ultima contrapposizione viene evidenziato come, anche in ambito penale, la discussione relativa alle regole difficilmente possa sfuggire dalla stretta logica della sussunzione, dallo schema del "tutto o niente", mentre è la natura stessa dei principi, con la loro ampiezza, genericità ed indeterminatezza, ad imporre il bilanciamento e la ponderazione come necessari. Anche «nell'universo dei delitti e delle pene» (p. 78) i principi rilevano principalmente perché non si riferiscono a fattispecie specifiche, ma in ragione della loro portata generale.

Nel ragionamento di Fiandaca si evidenzia che, in effetti, non sia l'attività di bilanciamento in sé ad essere fondamentale, bensì quella di chi, con essa, riesce a far vivere i principi, ossia l'interprete, che col suo agire discrezionale ha la capacità di spingere l'attività ermeneutica sino alla produzione di nuovi principi, in ossequio a specifiche e precise convinzioni di natura filosofica e politico/ideologica.

Alla natura del bilanciamento tra principi corrisponde, per certi versi, la natura stessa della Costituzione, dato che l'uno e l'altra vivono in funzione di compromessi valoriali. È la vocazione "politeistica" della nostra carta fondamentale ad esigere un compromesso, quasi che ponderazione e documento costituzionale siano elementi tra loro non separabili. Date queste premesse, quale dunque l'interrogativo più rilevante da riferire al

bilanciamento e all'attività ermeneutica? Certamente la questione dei criteri su cui si fonda l'attività dell'interprete. Ci troviamo di fronte, cioè, ad una attività per qualche via oggettivizzabile o, dietro l'angolo, vi è sempre il rischio che la soggettività la orienti anche in ragione di specifiche opzioni politico-valutative? È da condividere, sul punto, l'impostazione di Fiandaca, secondo cui la verità risiederebbe nel mezzo e cioè che l'attività di bilanciamento, per un verso, non sia pienamente arbitraria, governata com'è da regole precise, ma che, per altro verso, viva anche in ragione dei giudizi di valore dai quali l'attività dell'interprete pare non possa mai definitivamente affrancarsi. D'altronde «l'attività delle Corti finisce col collocarsi lungo il confine, mobile e scivoloso, tra giurisdizione e legislazione» (p. 82). Così, per Fiandaca, l'attività delle Corti, così orientata, non può non incidere anche sull'immagine del diritto penale.

Dopo le attente e condivisibili analisi realizzate sul tema del bilanciamento e sulla sua discrezionalità *culturalmente orientata*, il contributo di Fiandaca si chiude col richiamo ad alcuni casi in tema di reati ostativi e di fine vita che risultano emblematici, su di un piano operativo, delle difficoltà che sorgono ogni qual volta si tratti di ponderare beni non sempre tra loro facilmente conciliabili: tutela della sicurezza e diritti fondamentali per il primo caso, tutela della vita e garanzia della dignità, nell'altro.

Ulteriori riflessioni sul rapporto tra bilanciamento e diritto penale sono presenti nei saggi, rispettivamente, di Tesauro, Di Giovine, Manna, Ruggiero e Salcuni.

Tesauro, nel contributo dal titolo *Il bilanciamento della Corte Edu: due possibili modelli ricostruttivi*, si chiede a quali condizioni le decisioni della Corte Edu, sul tema dei bilanciamenti tra diritti convenzionali e interessi tutelati dal sistema penale nazionale, possano funzionare come precedenti vincolanti per la giurisprudenza costituzionale. Tesauro discute criticamente del rapporto tra Corte costituzionale e Corte Edu, evidenziando come non sempre la prima debba recepire come un "servo muto" le indicazioni della seconda, come pare confermino i più recenti orientamenti della giurisprudenza costituzionale italiana. Insomma, la questione della forza vincolante delle decisioni della Corte Edu non sarebbe «una verità analitica [...], ma una questione essenzialmente contestabile» (p. 92), in quanto si tratta di un problema che attiene alla sfera etico-politica.

Nel contributo *Principi, bilanciamento e diritto penale – una breve storia recente*, Di Giovine indaga il ruolo del bilanciamento nella dottrina penalistica, evidenziando in particolare come la stessa si sia preoccupata

della questione in ritardo, quanto meno considerando la portata innovativa e per certi versi rivoluzionaria del costituzionalismo post-bellico. L'autrice sottolinea come il diritto penale sia rimasto a lungo ancorato prettamente ai suoi principi, quasi che gli stessi non potessero entrare in contatto con quelli figli della «stagioni costituzionaliste» (p. 108). Dopo aver indagato le ragioni, anche storiche, di questa incomunicabilità, viene evidenziato come lo scenario in parte cambi con l'avvento nel diritto penale del costituzionalismo europeo che contribuisce a modificare e ad ampliare la discussione dottrinale e giurisprudenziale penale sulla "pratica dei principi".

Ne *L'ergastolo ostativo alla luce delle pronunce delle corti interne ed internazionali*, Manna analizza la pena dell'ergastolo ostativo e la sua conflittualità con l'articolo 27 comma 3 della costituzione «sia con riferimento al senso di umanità, sia con riguardo alla sostanziale inutilità di ri-educare un soggetto quando non potrà mai essere ri-socializzato» (p. 125) per quanto evidenzi come alcune sentenze della Corte costituzionale riescano a trovare in istituti come la liberazione anticipata una fonte di legittimazione alla pena perpetua. La questione del bilanciamento tra principi emerge, in tutta evidenza, anche a livello europeo, ove è sempre centrale la questione del "dialogo tra corti" allorché si tratti di bilanciare beni come la dignità umana.

Ruggiero, in *Introduzione al bilanciamento di interessi e Rule of law nei diritti fondamentali – una ricostruzione multilivello*, evidenzia come il bilanciamento abbia, tra le altre, una funzione di stabilizzazione delle regole, soprattutto se si considera che la realtà giuridica è intrisa di principi che sovente presentano tensioni difficilmente risolvibili. Il bilanciamento nasconde dei lati oscuri, anzitutto poiché esso contempla «taluni principi che dobbiamo considerare imponderabili» (p. 132) e poiché il conflitto non sempre si realizza tra principi, ma tra norme e norme sovraordinate. L'autore, analizzando alcuni orientamenti della giurisprudenza nazionale ed europea, ricostruisce il delicato rapporto che esiste tra libertà di espressione e sanzione penale. In particolare, l'importanza del bilanciamento si può comprendere allorquando esso debba realizzarsi tra norme dell'ordinamento che prevedono una sanzione e il diritto di cronaca o di critica di cui all'articolo 21 della Costituzione.

Nel saggio conclusivo, *Bilanciamento e cause sospensive della prescrizione per l'emergenza Covid-19*, Salcuni si occupa di prescrizione, alla luce dei più recenti sviluppi a seguito della sospensione dei termini di prescrizione prevista dall'art. 83 del c.d. "Cura Italia". L'autore sviluppa il proprio

ragionamento a partire da alcune questioni di legittimità costituzionale sulla retroattività della disciplina relativa alla prescrizione, all'interno del particolare contesto maturato a causa dell'emergenza Covid-19.

In definitiva, il testo curato da Di Carlo ha un grande merito: riesce a far comprendere come il bilanciamento costituisca una delle più dirette testimonianze del cambio di paradigma che si è avuto con l'avvento dei moderni stati costituzionali, dentro i quali la discussione per principi si configura non come una nuova possibilità o come un'alternativa rispetto ai rigidi meccanismi della sussunzione, ma come elemento essenziale per la definizione stessa del diritto, quanto meno della sua dimensione ideale. Il raggiungimento di tale dimensione appare pressoché impossibile, soprattutto constatando la frequenza con cui il diritto contemporaneo riesca ancora a mostrare il suo lato più oscuro e violento. Tuttavia, l'esistenza dei principi e la loro inevitabile collisione rendono indispensabile il bilanciamento che, di fatto, costituisce la migliore garanzia affinché si riduca lo spazio tra dimensione ideale e dimensione reale.