

GIANCARLO ROLLA

LA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE.
CONSIDERAZIONI IN MERITO
ALLE TECNICHE DI CODIFICAZIONE

*Ordinario di Diritto costituzionale
Università di Genova*

SOMMARIO

1. *La carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione.* 2. *La difficile costituzionalizzazione di ordinamenti plurinazionali: l'esperienza del Canada.* 3. *Tecniche di codificazione inerenti al riconoscimento dei diritti fondamentali.* 4. *Clausole costituzionali finalizzate all'implementazione dei diritti fondamentali.* 5. *Clausole costituzionali valorative per la ponderazione dei diritti e degli interessi.*

1. La Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione

Diversi autori hanno avanzato argomentati **dubbi sulla natura costituente** del processo che ha portato all'approvazione del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa; e le vicende contraddittorie del processo di ratifica del Trattato alimentano, senza dubbio, siffatte perplessità ¹.

In effetti, appare assai arduo inquadrare le diverse tappe che hanno contrassegnato l'evoluzione costituzionale e l'allargamento dell'Unione europea tra le manifestazioni di esercizio del potere costituente: specie se si rimane fedeli alla nozione consolidata nel tempo e tradizionalmente accettata secondo la quale si tratterebbe di un potere originario, primario, incondizionato, perfettamente in grado di decidere i modi nei quali esso intende esercitarsi ².

¹ Si veda per tutti, DIEZ PICAZO, *¿Tratado o Constitución? El valor de la Constitución para Europa* (ALVAREZ CONDE-GARRIDO MAYOL dir.), Comentarios a la Constitución europea, Valencia, 2004, pag. 59. Si veda anche il dibattito presente sulla Revista de derecho constitucional europeo.

² Per una ricognizione complessiva del dibattito teorico e delle tendenze in atto si veda MORBIDELLI, *Lezioni di diritto pubblico comparato. Costituzioni e costituzionalismo*, Bologna, 2000, pagg. 86 e segg.

Tale nozione, tuttavia, appare da tempo contraddetta dalla realtà ed incapace di qualificare come Costituzioni in senso proprio gli esiti di diverse, recenti processi politici e costituzionali: sia perché abbiamo l'esperienza di Costituzioni che non si autolegittimano (le Costituzioni eterodirette, assistite, affidate all'ordinamento internazionale); sia perché si assiste all'esercizio di un potere costituente limitato nei fini e predeterminato nelle procedure (le transizioni costituzionali pattuite, le revisioni totali della Costituzione)³.

D'altra parte, non è affatto inusuale che la realtà irrompa sulla scena, scompaginando nozioni e concetti consolidati. Si pensi, agli inizi del secolo passato, alla crisi delle teorie moniste del diritto ed alla formazione dello Stato sociale e pluriclasse, che ha potuto essere interpretato soltanto aderendo alle teorie della pluralità degli ordinamenti giuridici.

Muovendo da siffatta constatazione, si può ritenere che tanto la storia, quanto la comparazione giuridica consentono di assimilare il processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea ad altre transizioni costituzionali, con le quali hanno in comune diversi elementi caratteristici: la proceduralizzazione dell'attività costituente, la codificazione per tappe, il rispetto di limiti e vincoli di natura contenutistica⁴.

La storia costituzionale, ad esempio, aiuta a meglio considerare il ruolo che la codificazione di una Carta dei diritti assume all'interno di un processo di costituzionalizzazione.

I due elementi che, secondo la nota affermazione contenuta nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, dovrebbero determinare l'*ubi consistam*, la ragione d'essere di una Costituzione – cioè la garanzia dei diritti e la separazione dei poteri – non sempre e non necessariamente sono stati simultaneamente codificati: talchè la Costituzione di alcuni ordinamenti si è presentata all'esame dello storico come un dittico le cui parti sono state dipinte in tempi differenti e con stili diversi.

In altri termini si hanno diversi **esempi di Costituzioni che, inizialmente, nascono come testi che regolano essenzialmente l'organizzazione dei poteri** e la distribuzione delle competenze e che, solo successivamente, avvertono l'esigenza di incorporare (o di affiancare) nel testo costituzionale il riconoscimento e la garanzia dei diritti fondamentali della persona. E questi sono **presenti, soprattutto, negli ordinamenti costituziona-**

³ Cfr. AA.VV., *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, Torino, 2004.

⁴ Vedi DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali*, Bologna, 1998.

li **federali**, anche a causa di posizioni teoriche che consideravano la Costituzione federale una Costituzione parziale destinata a combinarsi con le Costituzioni nazionali: la prima si considerava limitata alla disciplina dell'organizzazione del potere centrale, alla ripartizione delle competenze tra il centro ed i soggetti decentrati, alle seconde – a loro volta – era riservato il riconoscimento dei diritti fondamentali della persona.

Due esempi possono essere al tal fine richiamati: da un lato, l'ordinamento federale del Canada, dall'altro lato, la Costituzione degli Stati Uniti.

La **Costituzione federale degli USA** (1787) non conteneva all'origine articoli relativi al riconoscimento ad alla tutela di specifici diritti, introdotti in seguito all'approvazione del *Bill of Rights* americano (1791) ed alla approvazione dei tre fondamentali emendamenti, codificati successivamente alla guerra civile con il preciso obiettivo di introdurre garanzie generali applicabili in tutti gli Stati della federazione⁵.

A sua volta, la carta costituzionale del **Canada** risulta composta da due documenti, ben distinti tanto dal punto di vista temporale, che sotto il profilo contenutistico. Si tratta del *British Nordamerican Act* 1867 e del *Constitution Act* del 1982. Mentre il primo si concentrava sull'organizzazione costituzionale del Canada, sulla ripartizione delle competenze tra la Federazione e le Province, sulla regolazione del carattere duale del Canada (due lingue, due religioni, due sistemi giuridici); il secondo, a sua volta, si caratterizzava per l'approvazione di una Carta dei diritti e delle libertà.

Non molto dissimile si presenta l'esperienza costituzionale dell'Unione europea: il cui processo di codificazione ha interessato prima la forma di Stato e di governo (si vedano i diversi Trattati), poi la determinazione di alcuni presupposti unificanti (moneta, cittadinanza), infine, il riconoscimento dei diritti fondamentali.

Un ulteriore elemento che accomuna le esperienze sopra richiamate può essere individuato nel fatto che **i diritti fondamentali sono stati codificati** essenzialmente per **assolvere ad una funzione di integrazione** tra ordinamenti ed identità differenti, cioè, per fondare l'identità politica ed istituzionale di un ordinamento giuridico generale.

⁵ Si trattava dei *Three Civil War Amendments*: il XIII, che proibisce la schiavitù; il XIV, che garantisce la cittadinanza a tutti coloro che sono nati o naturalizzati negli Stati Uniti ed introduce il principio dell'*equal protection* e del *due process*; il XV, infine, che riconosce il diritto di voto a ogni cittadino a prescindere dal colore, dalla razza o da qualsiasi precedente condizione di schiavitù.

In altri termini, alle Carte dei diritti si riconosce la funzione di offrire “comuni valori civici” ad un ordinamento democratico che nasce dall’insieme di tradizioni, di storie e di culture differenti. D’altra parte, la costruzione di tali valori comuni è uno dei compiti fondamentali delle Costituzioni: come insegnano le parole di un illustre giurista ad avviso del quale “la Constitución no es solo un texto jurídico o una obra normativa reguladora, sino que también es expresión de una situación de desarrollo cultural, medio de autorrepresentación cultural del pueblo, reflejo de su herencia cultural y fundamento de sus esperanzas”⁶.

La codificazione della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, quindi, prima ancora di riconoscere specifiche posizioni soggettive, delinea i valori dell’ordinamento europeo, suscettibili di conferire una identità comune al suo corpo sociale.

2. *La difficile costituzionalizzazione di ordinamenti plurinazionali: l’esperienza del Canada*

Se si analizzano le difficoltà che ha incontrato e sta incontrando la costituzionalizzazione **dell’Unione europea** diviene spontaneo richiamarsi alla storia costituzionale del **Canada**, dal momento che vengono in rilievo alcune impressionanti somiglianze.

D’altra parte **una comparazione tra le due realtà** non dovrebbe essere metodologicamente azzardata qualora si consideri che tanto l’Unione europea quanto il Canada sono delle **entità plurinazionali** e pluriethniche la cui Costituzione è contestata⁷; tanto il Canada quanto l’Unione europea rappresentano **ordinamenti** che hanno a lungo funzionato sotto un sistema costituzionale **non esplicitamente fondato sul principio della sovranità popolare** (nel caso dell’Unione l’esercizio dei poteri sovrani trovava fondamento come limite alla sovranità dello Stato; mentre il *British Nord American Act, 1867* creò il Canada con atto del Parlamento inglese al di

⁶ Così: HABERLE, *La teoría de la constitución como ciencia cultural en el ejemplo de los cincuenta años de la ley fundamental*, BALAGUER CALLEJON (coord), *Derecho constitucional y cultura*, Madrid, 2004, pag. 25.

⁷ Basti considerare, in ambito europeo il travagliato processo di ratifica del Trattato costituzionale; mentre l’approvazione e l’entrata in vigore della Carta canadese dei diritti e delle libertà fondamentali è stata possibile soltanto grazie ad un coraggioso *reference* della Corte suprema e scontando una profonda lacerazione tra la Federazione e la Provincia del Quebec.

fuori da ogni legittimazione popolare e soltanto con il *Constitution Act* si è avuta una effettiva *patriation*, che ha determinato la nascita di una comunità sovrana dal punto di vista formale e sostanziale; infine, tanto il Canada quanto l'Unione europea hanno tentato di **far ricorso a Carte dei diritti per costruire un senso di unità** tra le loro varie componenti (geografiche, politiche e sociali)⁸.

In particolare, l'esperienza canadese offre all'osservatore europeo **tre ammonimenti**.

Il primo consiste nel travaglio che **connota la gestazione dei processi costituenti in ordinamenti plurinazionali**. In Canada, è sempre stato laborioso conseguire un accordo in ordine alle procedure costituzionali, non codificate, ma affidate ad accordi politici o ad *agreements* tra le Province e la federazione. Da ciò il paradosso di una contraddizione tra la consapevole necessità di una revisione costituzionale la pratica incapacità di trovare una formula di decisione adeguata e consensualmente accettata.

Le ragioni di siffatta impossibilità sono eminentemente politiche: vanno ascritte alla crisi della politica come tecnica di mediazione e di superamento dei conflitti, all'*impasse* che l'azione decisionale dei tradizionali organi di governo incontra a causa dei reciproci veti, ai delicati problemi di equilibrio istituzionale che contrassegnano la storia costituzionale del Canada – da quelli che ruotano attorno al contrasto tra le popolazioni di lingua inglese e francofone a quelli che contrappongono le province dell'East a quelle del West –.

Utilizzando le parole di un costituzionalista canadese, i tentativi di completare il processo di riforma costituzionale possono essere annoverati tra i casi di *politics of frustration*⁹.

Il secondo ammonimento è rappresentato dalla difficoltà di realizzare nel corso dei processi costituenti il **passaggio dal *power package* al *people package***. Un esempio negativo, che evidenzia le difficoltà di un processo politico istituzionale basato sulle relazioni intergovernative tra Capi di Stato. È sicuramente costituito dall'esito fallimentare dei tentativi di riforma costituzionale: il *Meech Lake Accord* è naufragato a causa della mancata ratifica degli accordi da parte dei parlamenti provinciali; gli Accordi di *Charlottetown* non entrarono mai in vigore a causa dell'esito ne-

⁸ Per una accurata ricostruzione della storia del Canada si veda: CODIGNOLA-BRUTI LIBERATI, *Storia del Canada*, Milano, 1999.

⁹ Cfr. RUSSEL, *Constitutional Odissey*, Toronto, 1992.

gativo del referendum nazionale che bocciò una intesa sottoscritta dai primi ministri, dai *leaders* dei territorio e da quattro organizzazioni di aborigeni¹⁰.

È opinione consolidata che la crisi di tali intese costituzionali fu favorita anche dalla debolezza di un modello elitario di azione politico-istituzionale: basato sugli accordi e sugli incontri segreti dei primi ministri, invece che sulla trasparenza e sul coinvolgimento dei cittadini.

Di segno opposto fu, invece, l'esito del processo di elaborazione della Carta canadese dei diritti e delle libertà del 1982. In questo caso, il progetto di riforma suscitò il crescente interesse dei cittadini, che rivendicarono ed ottennero, tramite le loro associazioni e gruppi, di partecipare attivamente al processo di elaborazione della Carta dei diritti. E l'apporto del pluralismo sociale e politico della società canadese all'elaborazione della Carta fu significativo, nella misura in cui alcune delle esigenze prospettate trovarono soddisfazione nel testo finale.

Con il rumore di fondo delle molteplici voci della società, l'adozione di decisioni diventa più difficile ma anche più democratica.

Il terzo ammonimento, infine, ha ad oggetto la **difficoltà di conferire una identità ad ordinamenti che sono, al tempo stesso, multinazionali e multiculturali**: o meglio, di riuscire a suscitare un sostanziale "patriottismo costituzionale" attorno a valori e principi unificanti in ordinamenti costituiti da molteplici nazionalità e differenti identità culturali. È noto che l'obiettivo fondamentale della Carta canadese dei diritti e delle libertà consisteva tanto nel codificare diritti fruibili dai cittadini, quanto nel forgiare un senso di appartenenza, di identificare le ragioni che stanno alla base di un cosciente e consensuale "stare insieme".

In società composite, eterogenee, pluralistiche *l'idem sentire*, il sentirsi parte di un medesimo ordinamento non può fondarsi sul principio di gerarchia e di uniformità (che annulla le differenze e le molteplici aspirazioni): la capacità di affermare una comune base di valori, senza omogeneizzare le diversità presenti, rappresenta la via maestra per conseguire un effettivo equilibrio costituzionale.

In altri termini, la possibilità di "stare insieme" presuppone non soltanto valori e diritti universali, ma anche il riconoscimento delle differenze e delle diverse "storie": si deve, cioè, conseguire un accorto mix tra

¹⁰ Tra i molti, si veda: CAIRNS, *Constitutional struggle from the Charter to Meech Lake*, Toronto, 1991; MONAHN, *The Charlottown Accord, the referendum and the future of Canada*, Toronto, 1993.

patriottismo costituzionale e meccanismi finalizzati a riconoscere le differenze e le diversità, tra esigenze generali e riconoscimento delle specifiche identità culturali ¹¹.

3. Tecniche di codificazione inerenti al riconoscimento dei diritti fondamentali

Analizzare le Carte costituzionali dei diritti sotto il profilo delle tecniche di codificazione equivale essenzialmente ad approfondire quattro profili: a) Il riconoscimento dei diritti fondamentali (le posizioni oggettive garantite costituzionalmente); b) gli strumenti di tutela giurisdizionale; c) i principi di garanzia istituzionale generale riconducibili al costituzionalismo liberale e democratico; d) infine, gli strumenti di garanzia istituzionale specificamente relativi alla materia dei diritti della persona.

Esulano dall'oggetto del presente lavoro i punti sub b) e sub c), per cui affronteremo – sia pure in termini generali – alcune caratteristiche della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea relative, per un verso, alle **tecniche di riconoscimento dei diritti** e, per un altro verso, alle clausole di interpretazione.

Per quanto concerne il primo profilo, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea presenta, a nostro avviso, **due caratteristiche**: la prima è riassumibile nell'adesione dei costituenti europei alla tecnica della **specificazione**; la seconda riguarda, invece, il metodo di classificazione.

In ordine alla codificazione, va notato che le più recenti Carte dei diritti presentano una evidente propensione alla specificazione delle situazioni soggettive riconosciute come diritti: la codificazione tende ad essere esaustiva ed a specificare in modo dettagliato i profili della personalità e dell'agire umano che vengono tutelati; gli elenchi si presentano assai minuziosi ed il costituente si fa carico di individuare direttamente le situazioni giuridiche soggettive da tutelare ¹².

Va, però, precisato che un'analitica positivizzazione non è di per sé indice di effettiva tutela dei diritti della persona; l'inserimento di ampi cataloghi nel testo delle Costituzioni – per quanto necessario ed importante – non consente di percepire con immediatezza il livello di effettività

¹¹ Per ulteriori riferimenti si rinvia a: ROLLA (cur.), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, Milano, 2000.

¹² ROLLA, *I diritti fondamentali nel costituzionalismo contemporaneo: spunti critici*, in (ROLLA cur.), *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, Torino, 2001, pagg. 10 e sgg.

degli stessi. Affinchè il riconoscimento si trasformi in tutela occorre che i diritti siano non solo codificati, ma anche accettati e convalidati dalla cultura giuridica e politica: in altri termini, l'idea di tutela si deve formare all'interno della comunità, altrimenti si determina un fenomeno che può essere qualificato come *Constitution without constitutionalism*, cioè di documenti che assumono la forma delle Costituzioni proprie della tradizione liberale e democratica, ma non ne possiedono l'anima.

Cionostante, le più recenti carte costituzionali appaiono chiaramente favorevoli ad adottare la tecnica dei cataloghi dettagliati¹³; e ciò accade essenzialmente per soddisfare alcune specifiche esigenze: storicizzare i diritti della persona riconosciuti in un preciso periodo storico, sì da segnare un'emblematica cesura nei confronti del passato; offrire parametri univoci per l'attività interpretativa dei giudici e quella specificativa del legislatore (specie in quei sistemi costituzionali ove mancano organi giurisdizionali professionali e dotati di uno *status* costituzionale di autonomia e di indipendenza dal potere politico); rendere "visibili" i diritti garantiti, assolvendo ad una funzione di trasparenza nei confronti dei cittadini.

Nel caso della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la specificazione sembra assolvere precipuamente ad una funzione didattica: sia nei confronti dei suoi cittadini, sia nei confronti di quegli ordinamenti che aspirano di far parte o di entrare in partenariato con la Unione europea.

Basti considerare, in proposito, che il documento preparatorio redatto dal c.d. "Comitato Simitis" (composto da otto costituzionalisti ed istituito dalla commissione europea per impostare il dibattito sulla codificazione di una carta dei diritti fondamentali) manifestò con nettezza l'avviso che i diritti dovessero enumerati ed enunciati in modo tale che ogni cittadino europeo sia in grado di conoscerli e di farli valere: in altri termini, "i diritti fondamentali devono essere visibili"¹⁴.

Inoltre, i diritti specificati nella Carta rappresentano un parametro per valutare i rapporti e le relazioni esterne dell'Unione.

Una seconda peculiarità della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea riguarda il **tipo di classificazione adottato**. Una lettura anche superficiale del testo consente di comprendere che la Carta non accoglie

¹³ Vedi CECCHERINI, *La codificazione dei diritti nelle recenti costituzioni*, Milano, 2002.

¹⁴ Commissione europea, *Relazione del gruppo di esperti in materia di diritti fondamentali: per l'affermazione dei diritti fondamentali nell'U.E.*, Bruxelles, 1999.

le tradizionali classificazioni, ma tenta di ricondurre le molteplici posizioni soggettive garantite all'interno di alcuni valori di riferimento: quali la dignità, la libertà, l'eguaglianza, la solidarietà, la cittadinanza, la giustizia. E questi valori vengono, a loro volta, unificati dalla posizione centrale della persona e della sua intrinseca ed indefettibile dignità.

Si determina, quindi, una struttura piramidale che ha al suo vertice la persona, la cui tutela presuppone il riconoscimento attivo di precisi valori, i quali – a loro volta – vengono realizzati attraverso il riconoscimento di specifici diritti.

Fermo restando che l'elencazione dei diritti presente nella Carta non possiede una portata sostanzialmente innovativa rispetto alle Carte costituzionali nazionali ed alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, può essere interessante evidenziare che sono stati codificati sia diritti conseguenti ad innovazioni – quali, ad esempio, la biomedicina (63) e la manipolazione genetica (81), sia diritti riconducibili a comportamenti sociali contemporanei – come nel caso, ad esempio, del divieto di discriminazione sulla base delle caratteristiche genetiche e dell'orientamento sociale (81), della libertà di cambiare credo (70), della tutela della diversità culturale (82)¹⁵.

4. Clausole costituzionali finalizzate all'implementazione dei diritti fondamentali

Una delle **difficoltà** principali che si incontrano nel garantire la effettiva fruizione di un diritti fondamentale consiste **nell'individuare la regola da applicare dinanzi ad una concreta fattispecie**: ciò in quanto la storica idea del giudice quale “bocca della legge”, la concezione del giudice quale mero esecutore della volontà del legislatore male si adatta alla realtà di oggi.

Infatti, nei sistemi costituzionali è assai improbabile che la tutela di una posizione soggettiva si realizzi utilizzando una sola disposizione costituzionale, facendo riferimento ad un unico diritto, ovvero interpretando una o di più disposizioni omogenee. In genere, per individuare la norma applicabile si rende necessario realizzare una ponderazione: sia nei

¹⁵ CASONATO, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: tra conferme, novità e contraddizioni*, in (TONIATTI cur.), *Diritto, diritti, giurisdizione*, Padova, 2002, pagg. 99 e sgg.

casi in cui occorre bilanciare più diritti suscettibili di entrare in conflitto ovvero in una situazione di concorrenza, sia allorchè si tratta di temperare l'esercizio di un diritto con la salvaguardia di un principio o di un valore costituzionale¹⁶.

In questi casi, si rende necessario un **bilanciamento** che può essere operato, di volta in volta, dall'interprete competente alla soluzione del caso – *ad hoc balancing* – ovvero realizzato direttamente dal legislatore in virtù di puntuali disposizioni normative – *definitional balancing* –¹⁷.

Tale attività ermeneutica viene **agevolata con l'inserimento** – specie nelle più recenti Carte costituzionali dei diritti – di **apposite clausole di interpretazione**, che possono essere ricondotte a **tre distinte tipologie** a seconda che consentano un ampliamento delle posizioni soggettive garantite, legittimino la limitazione di diritti costituzionali a salvaguardia di principi o valori fondamentali, che favoriscano un equilibrato temperamento tra diritti costituzionali che entrano in conflitto.

Nelle pagine che seguono tenterò di individuare le principali clausole presenti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, nonché nelle Costituzioni degli Stati aderenti all'Unione europea.

Le clausole riconducibili alla **prima tipologia incidono più sul versante del riconoscimento dei diritti**, che su quello della ponderazione: nel senso che tentano di qualificare gli elenchi dei diritti contenuti nelle Carte come parzialmente “aperti” o “dinamici” tali da consentire una interpretazione evolutiva delle disposizioni costituzionali in materia di diritti. Queste sono le clausole maggiormente consolidate e risalenti nel tempo; e da una lettura delle Carte costituzionali si può apprezzare la loro varietà.

A) In primo luogo, si rinvencono clausole che si richiamano al **principio personalista** riconoscendo le molteplici manifestazioni dell'agire umano riconducibili alla personalità dell'individuo. È il caso, ad esempio, dell'art. 2 Cost. italiana (la Repubblica riconosce e garantisce i diritti in-

¹⁶ Si ha concorrenza quando la condotta di un determinato soggetto può essere ricondotta ad una pluralità di diritti garantiti – riunione e manifestazione del pensiero; associazione-libertà religiosa; manifestazione del pensiero ed iniziativa economica, ecc. –; i conflitti intervengono quando il diritto di un soggetto deve essere comparato con i diritti di altri (ad esempio, riservatezza e cronaca, iniziativa economica e dignità umana, sciopero e salute o libertà di circolazione) ovvero con valori o principi di natura generale (diritti di libertà e sicurezza, segretezza comunicazioni e legalità).

¹⁷ Sul bilanciamento.

violabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità), l'art. 2 Cost. tedesca (tutti hanno diritto al libero sviluppo della propria personalità), l'art. 5 Cost. greca (tutti hanno diritto a sviluppare liberamente la propria personalità e a partecipare alla vita sociale, economica e politica del paese), l'art. 10.1 Cost. spagnola (la dignità della persona, i diritti inviolabili ad essa connessi, il libero sviluppo della personalità, il rispetto della legge e dei diritti altrui sono il fondamento dell'ordine politico e della pace sociale), l'art. 7 Cost. finlandese (tutti hanno diritti alla vita e alla libertà personale, all'integrità fisica e alla sicurezza personale).

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione non contiene una disposizione esplicitamente assimilabile a quelle sopra richiamate: tuttavia, **la centralità del principio personalista emerge tanto dal Preambolo alla Carta, che “pone la persona al centro” dell'azione dell'Unione, quanto dal rinvio dinamico che lo stesso contiene alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.**

Queste formule consentono un più ampio riconoscimento dei diritti fondamentali della persona. Se, per un verso, l'individuazione dei diritti fondamentali non può prescindere da un ancoraggio alle previsioni formali della Costituzione, per un altro verso, l'inserzione di tali clausole autorizza una interpretazione dinamica delle posizioni soggettive espressamente riconosciute: consente – come è stato autorevolmente affermato – di considerare fondamentali non soltanto i diritti riconosciuti in modo esplicito dalla Costituzione, ma anche quelli che sono ricavabili in via implicita, strumentale o trasversale, purchè riconducibili al principio personalistico¹⁸.

Le clausole generali riconducibili alla personalità dell'essere umano consentono di tener l'ambito semantico ed il dato linguistico di un diritto distinto dal suo ambito normativo: essendo quest'ultimo la risultante dell'interpretazione che di quella determinata formula linguistica si afferma in un determinato contesto, in tal modo, facilitano la sintesi tra disposizioni costituzionali e valori contemporanei: in definitiva, tra diritto e storia¹⁹.

B) Meno frequente è la codificazione di **clausole che contengono**

¹⁸ Si veda MODUGNO, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995.

¹⁹ Dottrina su clausole che si rifanno alla persona.

un'apertura generica al riconoscimento di futuri diritti, al momento non enumerati. Queste, in genere, si ispirano alla nota formula della Costituzione degli Stati Uniti, secondo la quale l'enumerazione di determinati diritti non deve essere interpretata come negazione o restrizione di altri diritti.

A titolo di esempio, possiamo ricordare, da un lato, l'art. 16.1 Cost. portoghese (I diritti fondamentali riconosciuti in Costituzione non escludono altri previsti dalle leggi e dalle norme applicabili del diritto internazionale); dall'altro lato, l'art. 10 Cost. estone, il quale stabilisce che i diritti enumerati nella Costituzione non precludono altri diritti e libertà che sono coerenti con lo spirito della Costituzione o con la dignità umana ed i principi di una società basata sulla giustizia sociale, la democrazia e la *rule of law*. La loro funzione consiste, a nostro avviso, nell'affidare ai giudici il compito non tanto di implementare i diritti della persona, quanto di interpretare il sentire sociale del tempo pronunciandosi in merito "ad un set di diritti controversi" circa la loro sussistenza o portata oggettiva²⁰.

Una clausola riconducibile a siffatta tipologia non è presente nel testo **della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione**. Tuttavia, non è da escludersi in assoluto che per conseguire tale risultato l'interprete possa far leva su altre clausole, apparentemente estranee all'ambito dei diritti fondamentali.

Infatti, l'esperienza costituzionale comparata insegna che la funzione di ampliare il novero delle posizioni soggettive tutelate può essere assicurata anche da disposizioni costituzionali, le quali – pur essendo state codificate con finalità diverse – sono state utilizzate a tal fine dalla giurisprudenza.

Il caso più evidente è costituito dalla *commerce clause*, contenuta nell'art. I, sezione 8 della Costituzione degli Stati Uniti (Il Congresso avrà facoltà di regolare il commercio con le altre Nazioni e fra i diversi Stati e con le tribù indiane), che, istituita dai costituenti per riservare alla Federazione la competenza in ordine alla regolazione del commercio interstatale, è stata utilizzata – in alcune importanti pronunce – dalla Corte suprema per dichiarare la legittimità costituzionale di leggi federali in materia di diritti fondamentali. Ad esempio, utilizzando tale clausola, è

²⁰ Rinviare a mio articolo.

stata ritenuta conforme a Costituzione la competenza del Congresso ad approvare il *Civil Rights Act* del 1964²¹.

C) Tuttavia, le **clausole** più innovative e maggiormente diffuse nelle recenti Carte costituzionale sono quelle **che aprono, in materia di diritti, il sistema costituzionale locale al diritto internazionale** e che attribuiscono alle Dichiarazioni internazionali in materia di diritti fondamentali rango costituzionale ed una posizione di supremazia sul resto dell'ordinamento giuridico.

Secondo l'art. 16 Cost. portoghese le previsioni costituzionali e legislative in materia di diritti fondamentali debbono essere interpretate e integrate in armonia con la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Egualmente, secondo l'art. 10.2 Cost. le norme relative ai diritti fondamentali ed alle libertà riconosciute dalla Costituzione si interpretano in conformità alla dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e ai trattati e accordi internazionali sulle stesse materie ratificati dalla Spagna. A loro volta, l'art. 11 Cost. slovacca e l'art. 10 Cost. ceca riconoscono che le norme sui diritti fondamentali ratificate dallo Stato hanno una forza giuridica superiore alle leggi.

Nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione non mancano clausole, in un certo senso, assimilabili. Può essere il caso, ad esempio, dell'art. **112.3** il quale dispone che "laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono eguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione. La presente convenzione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa".

Così come si può richiamare la disposizione contenuta nell'art. **113** della Carta secondo la quale nessuna disposizione di essa deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle Convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, dalle Costituzioni degli Stati membri. La novità di tale formulazione – peraltro pienamente comprensibile alla luce della peculiarità istituzionale dell'Unione – può essere rinvenuta nella circostanza che l'Unione si apre non soltanto ai diritti riconosciuti dal-

²¹ Si veda TOMAS DE LA QUADRA-SALCEDO, *Unidad económica y descentralización política*, Valencia, 2004.

l'ordinamento internazionale, ma anche a quelli tutelati negli ambiti nazionali degli Stati aderenti.

L'influenza della normativa (e della giurisprudenza) sovranazionale sugli ordinamenti nazionali genera un vero e proprio blocco di costituzionalità a tutela dei diritti fondamentali e consente di omogeneizzare i livelli di tutela dei diritti della persona, indipendentemente dall'ordinamento statale di riferimento²².

5. Clausole costituzionali valorative per la ponderazione dei diritti e degli interessi

Queste clausole possono essere essenzialmente di **due tipi**: a seconda che costituiscano **una tecnica di interpretazione** ovvero individuino **un valore sulla base del quale operare il bilanciamento**. Appartengono alla prima tipologia le disposizioni costituzionali che si richiamano al principio di proporzionalità ovvero al contenuto essenziale dei diritti; la seconda tipologia, per contro, è costituita da clausole che si richiamano alla dignità umana, al principio multiculturalale, alla natura democratica e libera della società ovvero a formule assimilabili.

Le Costituzioni che si ispirano ai principi dello Stato democratico di diritto contengono, in genere, un richiamo generale ed esplicito al valore della **dignità umana**²³: è il caso, ad esempio, della Costituzione italiana, la quale all'art. 3 afferma la pari dignità sociale di tutte le persone; ovvero di quella spagnola, il cui art. 10 considera la dignità umana quale "fundamento del orden político y de la paz social". Egualmente, l'art. 1 Cost. tedesca proclama la intangibilità della dignità dell'uomo, l'art. 13 Cost. portoghese dispone che tutti i cittadini hanno la stessa dignità sociale, l'art. 1 della Carta dei diritti e delle libertà fondamentali della Repubblica Ceca e l'art. 11 Cost. slovacca affermano che gli esseri umani sono liberi ed eguali nella dignità.

Si possono, inoltre, richiamare l'art. 30 Cost. polacca che parla dell'innata dignità della persona, l'art. 34 Cost. slovena secondo cui ognuno ha diritto ad una personale dignità, mentre l'art. 54 Cost. ungherese riconosce i diritti innati alla vita ed alla dignità umana. Infine, l'art. 61 della

²² Dottrina.

²³ ROLLA, *El difícil equilibrio entre el derecho a la información y la tutela de la dignidad la vida privada*, Cuestiones constitucionales, 2002, pagg. 139 e sgg.

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione afferma l'inviolabilità della dignità umana, che deve essere rispettata e tutelata.

Siffatti articoli non codificano un diritto, ma piuttosto un principio da utilizzarsi al momento di valutare la legittimità di determinati atti o comportamenti suscettibili di incidere sulla personalità dell'individuo; ed il richiamo al valore assoluto della dignità umana può influire tanto sul piano formale, quanto su quello sostanziale.

Innanzitutto, **il valore della dignità umana si traduce sul piano formale** nel vincolo a chè le limitazioni di un diritto fondamentale avvengano in modo da incidere sul godimento dello stesso nella minor misura possibile, senza che si vanifichi l'esistenza stessa del diritto, comprimendolo nel suo contenuto essenziale. Proprio in ragione della sua intrinseca dignità ogni persona deve essere trattata *fairly by the law* ed i suoi diritti non possono essere compressi "oltre misura": cioè oltre ciò che è essenziale ed indispensabile per esercitare tale diritto.

Sotto il profilo sostanziale, poi, va considerato che la dignità umana non è di per sé un diritto, bensì costituisce la base dei diritti riconosciuti come fondamentali dalla Costituzione: ciò significa che dignità e diritti fondamentali della persona non si pongono sullo stesso piano, con la conseguenza che la prima rappresenta un valore assoluto, che non può essere intaccato (la dignità umana costituisce un *minimum* invulnerabile) mentre i secondi sono limitabili, regolabili ed in alcuni casi – costituzionalmente disciplinati – possono anche essere temporaneamente soppressi.

Di conseguenza, la regolamentazione dei diritti fondamentali trova un limite (un controlimite) nella assoluta necessità di proteggere il valore della dignità umana, in quanto principio supremo, qualificante un ordinamento costituzionale democratico²⁴.

Finalità simile deve essere assegnata alla **clausola multiculturale** codificata – su evidente influenza dell'art. 27 della Carta canadese dei diritti e delle libertà²⁵ – nell'art. 82 della Costituzione europea (L'Unione rispetta la diversità culturale, religiosa e linguistica) e presente anche in alcune Costituzioni di Stati aderenti all'Unione²⁶.

Il rispetto della diversità culturale, religiosa e linguistica non costitui-

²⁴ Dottrina sulla dignità.

²⁵ Dottrina su art. 27 Canada.

²⁶ Ad esempio, l'art. 49 Cost. estone afferma che ognuno ha diritto a preservare la propria identità etnica.

sce una mera specificazione del principio di eguaglianza: utilizzando le parole del giudice costituzionale italiano si potrebbe affermare che esso “rappresenta qualche cosa di diverso, e di più, rispetto al principio di parità dei cittadini”, in quanto da esso discende la “esigenza di un trattamento specificamente differenziato”²⁷.

Nella fattispecie, il criterio distintivo può essere individuato nel fatto che, mentre il principio di eguaglianza formale vieta qualsiasi discriminazione e, quindi, rende facoltative le misure di tutela predisposte dall’ordinamento (al punto che l’art. 23,2 c. ha dovuto specificare che il principio della parità tra uomini e donne non osta al mantenimento o all’adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato), mentre il principio di eguaglianza sostanziale legittima apposite azioni positive, per contro, la tutela delle differenze è rivolta a conservare la specificità di un gruppo riconosciuto dall’ordinamento. In quanto tale, consente di configurare **la diversità come un criterio legittimante deroghe alla dimensione universalistica di determinati diritti**: deroghe giustificate proprio dalla differente identità culturale, religiosa e linguistica di un gruppo e dei suoi appartenenti.

E tale disposizione non si pone in conflitto con il principio di eguaglianza qualora si consideri che il valore dell’eguaglianza consiste proprio nell’assegnare eguale valore a tutte le differenti identità che fanno di ogni persona un individuo differente dagli altri e di ogni persona un individuo eguale agli altri²⁸.

Il principio multiculturale è stato utilizzato dalla Corte suprema del Canada in funzione specificativa, per precisare la portata ed il significato di alcuni diritti, specie di quelli tutelati dall’art. 2 della Carta. Ad esempio, in materia di libertà religiosa, la clausola multiculturale ha consentito di affermare che una norma che imponga la domenica quale giorno festivo privilegia una religione a scapito delle altre, entrando in conflitto con il dovere di tutelare il *multicultural heritage* dei canadesi.

Inoltre, essa è stata utilizzata sia per rafforzare i diritti processuali dell’imputato, ritenendo discriminatorio nei confronti di un cittadino di altra razza che non comprende l’inglese il fatto che l’interprete non traduca nella lingua madre dell’imputato l’intero dibattito processuale. Sia per meglio valutare il carattere discriminatorio di determinate norme: a

²⁷ Citare sentenza.

²⁸ ROLLA, *Il riconoscimento delle diversità culturali nella Costituzione europea*, Revista europea de derechos fundamentales, 2004, pagg. 15 e sgg.

tal fine, è stato precisato che la tutela del multiculturalismo impone di vietare forme di discriminazione anche indiretta e di considerare attentamente l'impatto che ogni normativa produce nei confronti dei gruppi che compongono che il mosaico etnico del paese, ciò in quanto si ha discriminazione anche a causa delle conseguenze non intenzionali prodotte da una determinata normativa²⁹.

Nella realtà contemporanea si presentano con frequenza casi nei quali l'affermazione piena di una posizione soggettiva finirebbe per incrinare valori costitutivi l'ordinamento costituzionale. Talvolta, i presupposti per garantire la permanenza dei diritti fondamentali e delle istituzioni che determinano la democraticità di un regime politico possono essere assicurati soltanto in seguito alla loro temporanea attenuazione³⁰.

Per questa ragione, **riconoscendo dignità costituzionale al principio della "democrazia che si difende"**, diverse Costituzioni contengono delle clausole finalizzate a giustificare la limitazione nell'esercizio di determinati diritti con l'esigenza di salvaguardare i principi generali di democrazia e di giustizia.

L'art.10.2 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali consente di sottoporre l'esercizio della libertà di espressione a determinate formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni costituenti "misure necessarie in una società democratica, per la sicurezza nazionale, l'integrità territoriale o l'ordine pubblico, la prevenzione dei reati, la protezione della salute e della morale, la protezione della reputazione o dei diritti altrui, o per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario". Tale formulazione è stata sostanzialmente ripresa dalla Costituzione della Polonia, il cui art. 31 dispone che ogni limitazione ai diritti ed alle libertà costituzionali deve essere imposta soltanto se necessaria "in uno Stato democratico per la protezione della sua sicurezza o dell'ordine pubblico, o per proteggere l'ambiente, la salute e la morale pubblica o i diritti degli altri".

A sua volta, l'art. 11 Cost. estone prevede che i diritti costituzionali possano essere limitati qualora ciò sia necessario in una "società democratica". Mentre, secondo l'art. 12 Cost. svedese le limitazioni ai diritti

²⁹ ROLLA, *La tutela costituzionale della persona come individuo e come parte di un gruppo: l'esperienza della Carta canadese dei diritti e delle libertà* (GAMBINO cur.), *La protezione dei diritti fondamentali. Europa e Canada a confronto*, Milano, 2004, pagg. 125 e sgg.

³⁰ Dottrina sulla democrazia che si difende.

possono essere imposte solo per soddisfare finalità compatibili con una società democratica; inoltre tali limitazioni non possono estendersi sino a minacciare la libera formazione delle opinioni quale principio fondamentale di democrazia.

Se poniamo lo sguardo al di **fuori dell'Europa**, si possono individuare due esempi di particolare interesse.

Da un lato, l'art. 1 della **Carta canadese** dei diritti e delle libertà afferma che non possono essere imposte restrizioni ai diritti ed alle libertà enunciate nella Carta se non quelle stabilite dalla legge, nei limiti della ragionevolezza e di cui si possa dimostrare la giustificazione nel quadro di una società libera e democratica. Dall'altro lato, l'art. 33 della Costituzione del **Sud Africa** contiene una disposizione chiaramente ispirata alla Carta canadese dei diritti e delle libertà – sia pure “contaminata” con la Costituzione tedesca – la quale consente di apportare ai diritti fondamentali limiti ragionevoli e giustificabili in una società aperta e democratica fondata sulla dignità, sulla libertà e sull'eguaglianza, purchè non sia violato il contenuto essenziale del diritto stesso³¹.

Con tali formulazioni le Costituzioni intesero **affidarsi alla saggezza dei giudici costituzionali nel dirimere le controversie derivanti da un bilanciamento tra libertà individuali ed interessi della comunità**. Conseguentemente, i giudici debbono adeguare i loro criteri interpretativi ad una lettura dinamica delle clausole che si richiamano ad una *free and democratic society*. Da un lato, debbono **predeterminare i parametri sulla scorta dei quali considerare ragionevoli le limitazioni legislative** al godimento di diritti costituzionali³²; dall'altro lato, debbono **attribuire alla nozione di “società libera e democratica” un significato** fortemente legato al contesto politico e culturale: comunque, sempre finalizzato ad assicurarsi che l'intervento di limitazione dei diritti sia legato a bisogni rilevanti, urgenti e reali in una società libera e democratica. Ad esempio,

³¹ ROSA, *Limiti ai diritti e clausole orizzontali: Canada, Nuova Zelanda, Israele e Sudafrica a confronto*, Diritto pubblico comparato ed europeo, 2002, pagg. 656 e sgg.

³² Ad esempio, la Corte suprema del Canada ha elaborato un vero e proprio *Test* – che prese il nome dall'opinione autorevole del giudice *Dickinson* – basato su quattro elementi: l'obiettivo che si intende perseguire con la limitazione deve essere di sufficiente importanza; deve sussistere una connessione razionale tra tale obiettivo ed il contenuto della limitazione; la limitazione deve procurare la minore restrizione possibile all'esercizio del diritto; gli effetti della limitazione del diritto non debbono essere sproporzionati rispetto allo scopo che si vuole perseguire. Cfr. TELESE, *Le limitazioni al godimento dei diritti fondamentali secondo i principi generali elaborati dalla Corte suprema del Canada*, in (ROLLA cur.) *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, Milano, 2000, pagg. 83 e sgg.

una legge che vieta le parole di odio limita il diritto fondamentale alla libertà di manifestazione del pensiero, però, sostiene valori che sono l'essenza stessa della democrazia liberale contemporanea. Come è stato autorevolmente ricordato da un giudice della Corte Suprema "siamo disposti a mantenere le leggi in materia di oscenità ed i divieti relativi alle parole di odio, anche se ledono la libertà d'espressione, proprio perché tutelano la società contro alcuni mali ed incoraggiano il rispetto dell'uguaglianza del valore e della dignità delle persone"³³.

A sua volta, il Tribunale costituzionale del Sud Africa, nel valutare alla luce della clausola dell'art. 33 la costituzionalità della pena di morte, ha dichiarato l'illegittimità di tale previsione perché conculca il diritto alla vita, introduce una pena senza che sia dimostrato che sia più efficace del carcere a vita, l'ordinamento prevede altre misure egualmente efficaci (come il carcere a vita).

Si possono ricondurre alle medesime finalità anche le **clausole generali che vietano il c.d. "abuso dei diritti"**: a proposito delle quali è interessante notare una circolazione delle formule, che si presentano identiche anche dal punto di vista linguistico. Ad esempio, l'art. 34 Cost. Cipro contiene una disposizione eguale all'art. 17 dell'*Human rights Act* del Regno Unito (Nessuna disposizione può essere interpretata nel senso di prevedere per ogni Stato, gruppo o persona un diritto a svolgere attività rivolte a distruggere diritti e libertà) ed all'art. 114 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o di compiere un atto che miri a distruggere diritti o libertà riconosciuti nella presente Carta).

Un'altra clausola costituzionale a contenuto valorativo si rinviene nell'art. 7 dell'*Human rights Act* del Regno Unito secondo la quale non è pregiudicato il processo e la sanzione per ogni atto o omissione che, al momento in cui era commesso, era reato secondo i **general principles of law recognised by civilised nations**. Mentre secondo l'art. 7 della Carta canadese dei diritti e delle libertà il diritto di ognuno alla vita, alla libertà ed alla propria sicurezza non può essere leso se non in conformità con i principi fondamentali di giustizia³⁴.

³³ IACOBUCCI, *La Carta: venti anni dopo* (GAMBINO cur.), *La protezione dei diritti fondamentali: Europa e Canada a confronto*, cit., pag. 87.

³⁴ ROLLA, *The constitutional right to freely express one's lifestyle*, in (CECCHERINI ed.), *Sexual orientation in Canadian law*, Milano, 2004, pagg. 41 e sgg.

Con tali clausole si impone all'interprete di trovare **un punto d'equilibrio tra l'interesse dello Stato e quello della persona**. In proposito, appare quanto mai interessante la giurisprudenza della Corte suprema del Canada la quale ha affermato che *"the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system. They do not lie in the realm of public policy but in the inherent domain of the judiciary as guardian of the justice system"*³⁵. Al giudice compete, pertanto, storicizzare i principi fondamentali di giustizia che – sempre ad avviso della Corte Suprema – debbono essere generalmente accettati *among reasonable people*, debbono, cioè, far parte della comune consapevolezza sociale.

Siffatta attività di ricostruzione, però, deve essere esercitata con particolare accortezza ed attenzione alle dinamiche sociali ed all'evoluzione del costume; ma anche con la spiccata consapevolezza che intimi ed individuali del singolo non necessariamente debbono corrispondere alla tradizione del passato o al punto di vista della maggioranza.

La prospettiva storica o quella della maggioranza non sempre possono essere utilmente utilizzate per limitare l'esercizio del diritto alla propria vita privata: la tutela di comportamenti eterodossi o "socialmente scandalosi" impone una deroga ai tradizionali stili di vita, altrimenti si finirebbe per annullare quel *degree of personal autonomy* che è parte integrante del *right to liberty*³⁶.

Eguale, la Corte suprema ha introdotto la regola consolidata che nel diritto penale il diritto all'equità procedurale e materiale non possa essere sacrificato all'interesse del pubblico per il rispetto della legge ed il mantenimento dell'ordine: la volontà di punire un crimine non deve dar luogo a leggi severe, a procedure ingiuste ed a tecniche d'indagine autoritarie, a discapito del diritto alla tutela della vita privata e dell'uguaglianza.

5. Clausole costituzionali di mera interpretazione

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea si qualifica per la inserzione al suo interno di molteplici clausole interpretative che possono orientare l'interprete, sia sovranazionale che nazionale: tra queste le

³⁵ Re Motor Vehicle, 1985.

³⁶ Si veda ROLLA, *The constitutional right to freely express one's lifestyle*, in (CECCHERINI ed.), *Sexual orientation in Canadian law*, Milano, 2004, pagg. 41 e sgg.

più significative sono, senza dubbio, quelle che si richiamano al **principio di proporzionalità** ovvero alla tutela del contenuto essenziale dei diritti (art. 112).

Le prime hanno codificato un criterio ermeneutico che impone all'operatore giuridico di ricercare un ragionevole e proporzionato equilibrio tra interessi, tra diritti in conflitto e che può essere annoverato tra i principi generali del diritto costituzionale³⁷.

La costituzionalizzazione del principio di proporzionalità in materia di interpretazione dei diritti fondamentali è presente nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il cui **art. 112.1 afferma** che limitazioni ai diritti fondamentali possono essere apportate soltanto nel rispetto del principio di proporzionalità e laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

La stessa clausola è presente anche in alcune Costituzioni di Stati aderenti all'Unione europea. L'art. 25 Cost. greca afferma che le limitazioni ai diritti costituzionali debbono rispettare il principio della proporzionalità; l'art. 18 Cost. portoghese prevede che le restrizioni di diritti, delle libertà e delle garanzie debbono "limitarsi al necessario per salvaguardare altri diritti o interessi costituzionalmente protetti". Egualmente, l'art. 12 Cost. svedese vieta che le limitazioni ai diritti ed alle libertà fondamentali vadano "oltre la misura necessaria con riferimento al motivo che l'ha provocata".

Tali disposizioni si premurano di evitare che la fruizione di un diritto avvenga con modalità tali da comprimere i diritti altrui "oltre misura", cioè oltre quanto è essenziale ed indispensabile per esercitare tale diritto).

Se si escludono l'art. 18 Cost. portoghese e l'art. 12 Cost. svedese – che precisano le operazioni logiche che l'interprete deve compiere in sede interpretativa –, le altre Costituzioni si limitano ad operare un rinvio dinamico al principio di proporzionalità, così come è sarà specificato dalla giurisprudenza. Spetta, quindi, ai giudici determinare il *test* sulla base dei quali valutare la conformità delle norme al principio di proporzionalità; ed al momento, tali regole debbono essere rinvenute nella verifica de:

³⁷ Si veda CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952.

a) la legittimità dei fini per cui tale diritto è stato limitato; b) la sussistenza di un'effettiva relazione tra il contenuto della limitazione e le sue finalità; c) il carattere non irragionevole, arbitrario o inutilmente oppressivo del limite; d) il non totale annullamento del diritto ³⁸.

Maggiori dubbi sotto il profilo dei canoni interpretativi presenta, invece, la **clausola del rispetto del contenuto essenziale**: al punto che un autorevole autore ha affermato che apprezzare se una limitazione di uno specifico diritto fondamentale ne vulnera l'essenza costituisce spesso un impegno assai ostico come quello di decifrare un enigma ³⁹.

Il richiamo alla garanzia del contenuto essenziale dei diritti è contenuto, in genere, in una specifica clausola costituzionale. Ciò accade, ad esempio, nell'art. 53.1 Cost. spagnola (i diritti e le libertà riconosciute nel Capitolo secondo del Titolo primo possono essere limitati solo per legge e nel rispetto del loro contenuto essenziale), nell'art. 19.2 Cost. tedesca (In nessun caso un diritto fondamentale può essere intaccato nel suo contenuto essenziale), nell'art. 18.3 Cost. portoghese (le leggi restrittive dei diritti, delle libertà e delle garanzie... non possono... diminuire l'estensione e la portata del contenuto essenziale delle previsioni costituzionali), nell'art. 8 della Cost. ungherese, che vieta la limitazione dei diritti che colpisca il loro significato e contenuto essenziale.

La Carta dei diritti fondamentali **dell'Unione europea** opta, invece, per una soluzione diversa nel senso che **il principio di proporzionalità e del rispetto del contenuto essenziale sono inseriti all'interno del medesimo articolo**, intitolato "portata e interpretazione dei diritti e dei principi". Infatti, secondo l'art. 112 della Carta le limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà debbono rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà, inoltre le stesse debbono essere apportate nel rispetto del principio di proporzionalità.

La formulazione utilizzata induce a ritenere che la clausola del rispetto del contenuto essenziale dei diritti non rappresenta un criterio interpretativo autonomo, bensì uno dei profili di valutazione necessari per ri-

³⁸ BRAGE CAMAZANO, *Los limites a los derechos fundamentales*, Madrid, 2004, pagg. 215 e sgg.; BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, 2003.

³⁹ Così JIMENEZ CAMPO, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, 1999, pag. 69.

spettare il principio di proporzionalità⁴⁰. Esprime un'opzione a favore delle posizioni dottrinali che considerano **la garanzia del contenuto essenziale rappresenta un completamento del principio di ragionevolezza** e di proporzionalità. Nel senso che la garanzia del contenuto essenziale serve come contrappunto argomentativo e valorativo del giudice, al momento di considerare se una determinata disciplina legislativa sia ragionevole e garantisca il diritto costituzionalmente tutelato⁴¹.

D'altra parte la giurisprudenza ha precisato che la proporzionalità richiede che gli interventi sui diritti non costituiscano un'intervento smisurato e intollerabile tale da attentare alla sostanza del diritto garantito⁴².

Non è, tuttavia, da escludere anche una possibile **utilizzazione autonoma della clausola del contenuto essenziale** in caso di inerzia del legislatore, per risolvere fattispecie non coperte da una base legislativa: in tale ipotesi, infatti, tale clausola sembra autorizzare il giudice a compiere un'applicazione diretta dei diritti garantiti dalla Carta, proprio al fine di assicurare comunque la salvaguardia del loro contenuto⁴³.

Il principio di **proporzionalità** assume, poi, una particolare rilevanza **nell'ambito del diritto penale**, laddove l'art. 109.3 afferma che le pene inflitte non debbono essere sproporzionate rispetto al reato.

La specificità di siffatta clausola consiste nella circostanza che nelle fattispecie non si discute della ragionevolezza della limitazione di un diritto costituzionalmente garantito, bensì della razionalità (costituzionalità) di pene sproporzionate le quali, pur colpendo dei comportamenti non garantiti dalla Costituzione, sono suscettibili di produrre degli effetti incompatibili per l'ordine costituzionale e lo Stato di diritto: in altri termini

⁴⁰ HABERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, 2003.

⁴¹ PRIETO SANCHIZ, *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*, Derechos y libertades, 2000, pag. 438.

⁴² STJCE del 22 ottobre 1991. Interessante è la sentenza n. 43 del 24 febbraio 1987 del Tribunale costituzionale del Cile secondo la quale i diritti "pueden en consecuencia ser canalizados en sus diferentes expresiones, sin ser desconocidos de plano; ellos pueden ser moldeados pero no pueden ser objeto de desnaturalización", viceversa non possono essere privati de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible y que se impide "el libre ejercicio" en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica".

⁴³ BALAGUER, *La configuración normativa de principios y derechos constitucionales en la Constitución europea*, Colóquio ibérico: constituição europeia, Coimbra, 2005, pagg. 179 e sgg.

si potrebbe sostenere che siano gli “**effetti collaterali**” a determinare l’illegittimità di una determinata pena o sanzione.

Viene, in altri termini, sanzionato ciò che la dottrina ha chiamato, sulla scorta della giurisprudenza nordamericana, *chilling effect*⁴⁴. E gli effetti collaterali che provocano l’illegittimità di una sanzione non proporzionata sono quelli che possono determinare – come sostenuto dal Tribunale costituzionale spagnolo – a causa della loro severità, un sacrificio non necessario e sproporzionato o un effetto di scoraggiamento nell’esercizio dei diritti fondamentali⁴⁵. Ovvero che – come ha affermato la Corte Suprema degli Stati Uniti in un caso inerente alla libertà di manifestazione del pensiero – risultano, ad esempio, “*incompatible with the atmosphere of free discussion contemplated by the First Amendment in the context of political campaigns*”⁴⁶.

Una corretta utilizzazione del principio proporzionale nell’ambito del diritto penale deve tener conto di **due elementi**.

In primo luogo, non deve essere applicato indifferenziatamente nei confronti di tutte le sanzioni che possono apparire eccessive, ma soltanto **qualora vengano colpiti in misura sproporzionata comportamenti “oggettivamente contigui” all’esercizio di una libertà** o diritto costituzionale: come precedentemente sottolineato, si intende evitare l’effetto collaterale di produrre un effetto di dissuasione nei confronti di un esercizio legittimo di un diritto.

In secondo luogo, l’applicazione del principio di proporzionalità non è funzionale alla salvaguardia di una posizione soggettiva, bensì **a tutela a dell’ordine costituzionale**. In altri termini, entra in gioco la natura istituzionale dei diritti fondamentali, il loro essere al tempo stesso diritti soggettivi e principi istituzionali dell’ordinamento⁴⁷.

I diritti costituiscono, nella gran parte delle comunità politiche contemporanee, un elemento qualificante il patto che si instaura tra i cittadini e tra questi ed i loro rappresentanti in ordine alla realizzazione delle forme e delle istituzioni della convivenza: in quanto tali, fanno parte del

⁴⁴ Si veda DOMINGO PEREZ, *La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado “chilling effect” o “efecto desaliento”*, Revista de estudios políticos, 2003, pag. 122, pagg. 141 e sgg.

⁴⁵ STC 110/2000.

⁴⁶ 456 U.S. 45 (1982).

⁴⁷ HABERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, 2003, pagg. 71 e sgg. Si veda anche ROLLA-CECCHERINI, *Scritti di diritto costituzionale comparato*, Genova, 2005.

sistema valori, della cultura sostanziale che si esprime attraverso la Costituzione⁴⁸.

Da ultimo, è interessante notare che la Carta europea dei diritti fondamentali contiene anche alcune **clausole riconducibili al principio di sussidiarietà**, nel senso che demanda alla legislazione nazionale la disciplina (e, quindi, gli ambiti della garanzia) di un determinato diritto riconosciuto dalla Carta. Ciò accade, ad esempio, in ordine al diritto a sposarsi (art. 69), all'obiezione coscienza (art. 70), all'istruzione (art. 74), diritto al lavoro (art. 75.3), al lavoro (art. 87), alla contrattazione (art. 88), all'assistenza sociale (art. 94), alla salute (art. 95).

L'interesse deriva dal fatto che nel caso di specie la Costituzione europea pare optare per un'applicazione della sussidiarietà distinta da quella richiamata dall'art. 11.3 della Costituzione europea.

In materia di diritti fondamentali, la Costituzione europea opta per una visione statica della sussidiarietà nel senso che la ripartizione delle competenze normative è predeterminata ed irrigidita dalla disposizione costituzionale; mentre negli altri settori di interesse comunitario la sussidiarietà è sempre stata utilizzata in modo dinamico, nel senso che gli organi dell'Unione si riservano di intervenire in un determinato settore nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dai singoli Stati: secondo una concezione assimilabile all'art. 72,2 c. Cost. tedesca, il quale afferma che la Federazione può legiferare in luogo dei Länder se e nella misura in cui l'instaurazione di condizioni di vita equivalenti nel territorio federale e la garanzia dell'unità del diritto e dell'economia nell'interesse dello Stato nel suo complesso rendono necessaria una disciplina legislativa federale.

⁴⁸ La terminologia adoperata dalla dottrina è in proposito varia – alcuni parlano di “postulati generali della società”, altri di “principio istituzionale” –, però sul punto si può rimarcare una significativa concordanza: La stessa giurisprudenza di alcuni tribunali costituzionali pare aver accolto la medesima prospettiva, qualora si consideri che, da un lato, il Tribunale costituzionale spagnolo ha parlato di “elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto esta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica”; dall'altro lato, il giudice costituzionale italiano ha fatto riferimento alla nozione di “principi supremi”.