

Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*

1. DUE CONCEZIONI DEI DIRITTI FONDAMENTALI

Le costituzioni democratiche moderne contengono due generi di norme. Appartengono al primo genere quelle norme che costituiscono e organizzano la funzione legislativa, esecutiva e giurisdizionale, vale a dire l'articolazione dello Stato. Il loro nucleo cardinale sta nell'attribuire poteri. Appartengono invece al secondo genere le norme che limitano e guidano i poteri dello Stato: tra di esse vanno richiamati innanzitutto i diritti fondamentali. Questa distinzione dicotomica sembra assumere, perlomeno nell'ambito degli Stati democratici di diritto, una validità universale. Si tratta evidentemente di una universalità raggiunta, come spesso accade, a prezzo dell'astrattezza e che dunque può risultare significativa fino a un certo punto. Se scendiamo a un livello di astrazione di poco inferiore, le possibilità di classificazione si moltiplicano. Ciò sia per quanto riguarda l'ambito delle competenze statali che quello dei diritti individuali. Prenderò in considerazione soltanto quest'ultimo campo problematico.

Vi sono due modi essenzialmente diversi di concepire i diritti fondamentali. Il primo li considera in senso stretto e tassativo, l'altro in senso largo e comprensivo: possiamo definire queste due posizioni rispettivamente "concezione dei diritti fondamentali come regole" e "concezione dei diritti fondamentali come principi". Questi modelli comprensivi non trovano un riscontro puro in alcun luogo, ma rappresentano ad ogni modo delle tendenze fondamentali assai significative. La domanda circa quale tra di esse sia preferibile rappresenta infatti una questione centrale per l'interpretazione di qualunque costituzione che contempli dei diritti fondamentali e una giurisdizione costituzionale.

In base alla concezione stretta e tassativa, le norme che garantiscono i diritti fondamentali non si differenziano in maniera sostanziale dalle altre norme del sistema giuridico. In quanto norme di rango costituzionale, esse si collocano a un livello certo più elevato rispetto alle altre; i loro contenuti sono inoltre costituiti da diritti di grandissima importanza e formulati in modo molto astratto. Queste caratteristiche, secondo la concezione dei diritti fondamentali

* Traduzione dal tedesco di Damiano Canale.

come regole, non determinano tuttavia delle differenze strutturali fondamentali. Abbiamo a che fare in ogni caso con delle norme giuridiche, applicabili nel medesimo modo in cui lo sono tutte le altre norme giuridiche. La loro particolarità consiste solamente nel fatto che proteggono alcune determinate posizioni dei cittadini nei confronti dello Stato formulate in modo molto astratto.

In base alla concezione comprensiva od olistica, al contrario, le norme in cui trovano formulazione i diritti fondamentali non si limitano a difendere determinate posizioni soggettive dei cittadini nei confronti dello Stato. Questa funzione tradizionale dei diritti fondamentali viene inserita all'interno di un contesto più ampio. In Germania la Corte costituzionale ha tematizzato per la prima volta in maniera compiuta questo contesto nel 1958, in occasione del caso L \ddot{u} th. L \ddot{u} th aveva esortato l'opinione pubblica tedesca, cos \grave{a} come i distributori e i proprietari delle sale cinematografiche, a boicottare i film di Veit Harlan realizzati dopo il 1945. L \ddot{u} th giustific \ddot{o} il suo appello al boicottaggio ricordando come Harlan fosse stato il pi \grave{u} influente regista filonazista, autore, in particolare, della pellicola *S \ddot{u} ss l' \acute{e} breo*, la principale opera della propaganda cinematografica antisemita. Il tribunale di Amburgo intim \ddot{o} a L \ddot{u} th di cessare qualsiasi tentativo di boicottare il nuovo film di Harlan, *Unsterbliche Geliebte*. La Corte giustific \ddot{o} la propria decisione appellandosi al § 826 BGB, il quale vieta di causare «intenzionalmente a qualcuno un danno in modo da contravvenire ai buoni costumi». L \ddot{u} th si appell \ddot{o} alla Corte costituzionale contro questa sentenza.

Il tribunale costituzionale giudic \ddot{o} il tentativo di boicottaggio perpetrato da L \ddot{u} th come *prima facie* ammesso in base al diritto di libert \grave{a} di espressione (art. 5, comma 1, GG). Il secondo comma dell'art. 5 della Costituzione prevede, ad ogni modo, tre casi di limitazione di questo diritto. Il primo istituisce una riserva di «legge generale». La Corte costituzionale statui che il § 826 BGB, sul quale il tribunale di Amburgo aveva fondato la propria decisione, rappresenta una «legge generale» nel senso previsto dalla Costituzione¹. Proprio in questo punto assume tuttavia evidenza la dicotomia tra la concezione delle regole e quella dei principi, pi \grave{u} ampia e comprensiva della prima. Se si segue la prima concezione, \acute{e} possibile risolvere il caso rispondendo a due quesiti: in primo luogo, se l'appello di L \ddot{u} th al boicottaggio deve essere sussunto nel concetto di «espressione del pensiero». Il tribunale costituzionale ha giudicato legittima questa sussunzione, e credo in modo corretto. La seconda domanda riguarda invece l'applicabilit \grave{a} al caso di specie del § 826 BGB. Ci \acute{o} \acute{e} possibile qualora l'appello al boicottaggio contravvenga ai buoni costumi. Il tribunale di Amburgo era di questa opinione, poich \acute{e} l'atto compiuto da L \ddot{u} th mirava a impedire il ritorno al successo dei film di Harlan, sebbene il regista fosse passato attraverso il processo di denazificazione, e fosse stato oltretutto dichiarato innocente nel

1. BverfGE 7, 198 (pp. 211 ss.).

procedimento penale intentato nei suoi confronti per aver girato il film *Süss l'ebreo*. Considerate queste circostanze, secondo il tribunale di Amburgo l'appello al boicottaggio contravveniva «alla concezione democratica del diritto e dei costumi che contraddistinguono il popolo tedesco»².

Secondo il tribunale costituzionale, tuttavia, non era sufficiente operare queste due sussunzioni, l'una isolata dall'altra³. Esso statuí piuttosto che qualora l'applicazione di norme di diritto civile comporti una limitazione dei diritti fondamentali, debba essere sempre operato un bilanciamento tra i principi costituzionali che entrano in collisione tra loro. In base al bilanciamento operato dal tribunale costituzionale, al principio di libertà di espressione doveva essere riconosciuto un carattere prioritario rispetto ai principi concorrenti. La Corte statuí pertanto che la clausola «in modo da contravvenire ai buoni costumi» prevista dal § 826 BGB dovesse essere interpretata alla luce di questa priorità. In breve: Lüth vinse la causa.

La sentenza Lüth contiene tre principi che hanno condizionato in modo fondamentale il diritto costituzionale tedesco. Il primo è che la garanzia costituzionale dei diritti individuali non si risolve nella difesa dei diritti dei cittadini nei confronti delle ingerenze dello Stato. I diritti fondamentali incorporano, richiamando le parole del tribunale costituzionale, «anche un sistema obiettivo di valori»⁴. Si è discusso a lungo sui possibili significati di questa locuzione. In seguito la Corte parlò di «principi [...] che trovano espressione nei diritti fondamentali»⁵. Alla luce di questa precisazione⁶, si potrebbe affermare che il secondo principio-guida della sentenza Lüth afferma che i valori o principi giuridici fondamentali non valgono soltanto nei rapporti tra i cittadini e lo Stato, ma anche «in tutti gli ambiti del diritto»⁷. Ciò ha provocato un «effetto di irradiazione» dei diritti fondamentali all'interno dell'intero sistema giuridico: i diritti fondamentali, detto altrimenti, sono diventati ubiqui. Il terzo principio-guida affermato dalla sentenza emerge invece dalla struttura dei valori e dei principi. Questi tendono infatti a collidere tra loro: un conflitto tra principi può essere dunque risolto soltanto ricorrendo al bilanciamento. Il messaggio più importante della sentenza Lüth per la prassi giuridica quotidiana è dunque il seguente: «è necessario bilanciare i beni in conflitto tra loro»⁸.

Il tribunale costituzionale tedesco ha proseguito in modo sempre più deciso la strada imboccata con la sentenza Lüth. Dal punto di vista metodologico,

2. Cfr. BverfGE 7, 198 (p. 201).

3. BverfGE 7, 198 (p. 207).

4. BverfGE 7, 198 (p. 205).

5. BverfGE 81, 242 (p. 254).

6. Per un'analisi del rapporto tra il concetto di principio e quello di valore, cfr. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1994, pp. 125 ss.

7. BverfGE 7, 198 (p. 205).

8. BverfGE 7, 198 (p. 210).

il concetto fondamentale su cui occorre concentrare l'attenzione è dunque quello di "bilanciamento". Aniché contrapporre una concezione delle regole a una concezione dei principi, potremmo quindi distinguere il modello del bilanciamento dal modello sussuntivo. Ciò consente di sollevare il seguente interrogativo: quale di queste due costruzioni teoriche conferisce maggiore razionalità alla giurisdizione costituzionale, quella che esige un bilanciamento o quella che richiede una sussunzione?

2. LA CRITICA DI HABERMAS AL MODELLO DEL BILANCIAMENTO

Nell'ambito del diritto costituzionale, il bilanciamento scatena così tanti problemi che non è possibile in questa sede enumerarli tutti. Mi limiterò quindi a considerare due obiezioni sollevate da Jürgen Habermas.

Habermas sostiene in primo luogo che il modello del bilanciamento sottrae ai diritti fondamentali la loro forza normativa. Egli ritiene che, nel bilanciare i principi, i diritti vengano degradati al rango di fini, programmi e valori. Viene smarrita in tal modo «la *supremazia* rigorosa» che deve contraddistinguere il «punto di vista normativo»⁹: ciò fa crollare una «paratia antincendio» del discorso giuridico.

Se in caso di collisione *tutte* le ragioni possono presentarsi come argomenti di "policy", allora viene a cadere quella «paratia antincendio» che una concezione deontologica delle norme e dei principi inserisce nell'architettura del discorso giuridico¹⁰.

Il pericolo di indebolire i diritti fondamentali viene associato al «pericolo di avere sentenze irrazionali»¹¹. Secondo Habermas, non vi è cioè alcun «criterio razionale» per il bilanciamento:

Giacché non abbiamo qui a disposizione dei criteri razionali, il bilanciamento viene compiuto o in maniera arbitraria o in maniera irriflessa (cioè secondo standard e gerarchie frutto dell'abitudine)¹².

La prima obiezione riguarda le presunte conseguenze sostanziali del modello del bilanciamento: indebolimento del diritto e irrazionalità. La seconda

9. J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, trad. it. di L. Ceppa, Guerini e Associati, Milano 1996 (ed. or. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1992), p. 305.

10. Ivi, p. 308.

11. *Ibid.*

12. *Ibid.*, trad. it. modificata.

obiezione concerne invece un problema concettuale: Habermas ritiene che il modello del bilanciamento sottragga il diritto dall'ambito di ciò che è valido o invalido, corretto o errato, così come da ciò che può essere fondato su ragioni. Il diritto verrebbe in tal modo trapiantato su un terreno discorsivo definito da rappresentazioni come quella di una maggiore o minore adeguatezza, o da concetti come quello di "discrezionalità". Da un bilanciamento tra beni devono poter "risultare" due giudizi, ma tale bilanciamento non potrebbe mai "autorizzarci" a considerare un certo giudizio come corretto:

Lo stesso giudizio diventerà un giudizio di valore. Esso rifletterà (in maniera più o meno appropriata) una forma-di-vita sviluppatasi nel quadro di un concreto ordinamento di valori, e non sarà più riconducibile all'alternativa dirimente per cui la decisione presa è sempre "o giusta o falsa"¹³.

Questa seconda obiezione va presa sul serio perlomeno quanto la prima. Essa muove dal presupposto che la perdita della categoria della correttezza costituisca il prezzo da pagare nel momento in cui si bilanciano beni in conflitto tra loro. Se questo fosse vero, il modello del bilanciamento crollerebbe inesorabilmente sotto i colpi dei suoi critici. Il diritto avanza infatti necessariamente una pretesa di correttezza¹⁴. Se il bilanciamento si rivelasse inconciliabile con questo criterio e dunque privo di un fondamento razionale, esso non potrebbe trovare cittadinanza nell'ambito del diritto. L'evoluzione del diritto costituzionale tedesco degli ultimi cinquant'anni costituirebbe quindi, a conti fatti, il risultato di un errore di fondo.

Il bilanciamento è in sé qualcosa di irrazionale? Questo modello finisce con il sacrificare i diritti fondamentali degli individui? Bilanciare significa veramente prendere congedo dai principi di correttezza e fondatezza della decisione, e quindi da qualsiasi criterio di razionalità? Appare evidente come non sia possibile rispondere a questi interrogativi senza chiarire innanzitutto cosa sia il bilanciamento. A tal fine, è necessario esplicitare la sua struttura, rivolgendo uno sguardo alla pratica giurisdizionale effettiva.

3. LA STRUTTURA DEL BILANCIAMENTO

Nel diritto costituzionale tedesco, il bilanciamento costituisce una porzione di quanto richiesto da un principio più comprensivo, ovvero dal "principio di

13. J. Habermas, *Replica al convegno della "Cardozo Law School"*, in Id., *Solidarietà tra estranei. Interventi su fatti e norme*, trad. it. a cura di L. Ceppa, Guerini e Associati, Milano 1997, p. 80 (ed. or. *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1996).

14. Cfr. R. Alexy, *Recht und Richtigkeit*, in W. Krawietz et al. (eds.), *The Reasonable as Rational? Festschrift für Aulis Aarnio*, Duncker & Humblot, Berlin 2000, pp. 7 ss.

proporzionalità” (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*). Questo è a sua volta costituito da tre sotto-principi, ovvero dai criteri di “adeguatezza”, “necessità” e “proporzionalità in senso stretto”. Tutti e tre i criteri richiamati danno congiuntamente espressione all’idea di ottimizzazione. I diritti fondamentali in quanto principi costituiscono cioè dei precetti di ottimizzazione, ovvero delle norme, le quali prescrivono che qualcosa venga realizzato nella misura maggiore possibile alla luce delle circostanze di fatto e di diritto¹⁵.

Per quanto riguarda i principi di adeguatezza e di necessità, si tratta di ottimizzare la sentenza in rapporto alle possibilità offerte dalle circostanze concrete. Il principio di adeguatezza vieta l’uso di mezzi che violano perlomeno un diritto fondamentale senza con ciò realizzare uno dei diritti o degli scopi a cui il loro uso era finalizzato. Se un mezzo M , scelto per realizzare il principio P_1 , non si rivela adeguato allo scopo, ma finisce anzi col violare il principio P_2 , ne segue che qualora il mezzo M non venga utilizzato, ciò non produrrà alcun costo a carico di P_1 né di P_2 , mentre il suo impiego genera sicuramente degli svantaggi a carico di P_2 . Pertanto i principi P_1 e P_2 considerati congiuntamente in rapporto alle possibilità offerte dalla situazione di fatto possono essere realizzati nella misura maggiore possibile se il mezzo M non viene utilizzato. Ciò mostra come il criterio di adeguatezza si limiti a riproporre l’idea paretiana di ottimizzazione, ovvero il tentativo di migliorare una posizione soggettiva senza per questo produrre svantaggi a carico delle posizioni altrui.

Lo stesso vale per il criterio di necessità. Tale criterio richiede che tra due mezzi che realizzano P_1 più o meno allo stesso modo, venga scelto quello che lede in misura minore P_2 . Nel caso esista un mezzo meno limitativo di un diritto fondamentale ma parimenti adeguato al nostro scopo, una posizione soggettiva può quindi essere migliorata senza con ciò generare dei costi a carico degli altri. L’applicabilità del criterio di necessità presuppone tuttavia che non vi sia alcun principio P_3 che venga a sua volta pregiudicato attraverso il ricorso al mezzo meno lesivo nei confronti di P_2 . All’interno di questa prospettiva, il caso non può essere risolto basandosi semplicemente sul criterio paretiano di ottimizzazione. Qualora non sia possibile scongiurare l’insorgere di limitazioni o di costi a carico degli altri, diventa necessario bilanciare i beni in conflitto.

Il bilanciamento costituisce, non a caso, l’oggetto del terzo criterio in cui si articola il principio di proporzionalità, ovvero della “proporzionalità in senso stretto”. Tale criterio mostra cosa significhi ottimizzare la decisione in rapporto alle possibilità offerte dalla situazione di diritto, e coincide con quella che potremmo denominare la “legge del bilanciamento”¹⁶. Essa recita quanto segue:

15. Cfr. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 75.

16. Ivi, p. 146.

Quanto maggiore è il grado di non realizzazione o di violazione di un certo principio, tanto maggiore deve essere l'importanza associata alla realizzazione del principio concorrente.

Questa regola evidenzia come il tentativo di ottimizzare un principio che entra in collisione con altri si risolva in fin dei conti in un bilanciamento.

Essa mostra, inoltre, come il bilanciamento possa essere suddiviso in tre momenti distinti. In primo luogo, è necessario determinare il grado di non realizzazione o di violazione di un certo principio. A ciò deve seguire, in seconda battuta, la determinazione dell'importanza associata alla realizzazione del principio concorrente. In un terzo momento, è necessario determinare se l'importanza riconosciuta alla realizzazione del principio concorrente giustifichi il non soddisfacimento o la violazione del primo principio chiamato in causa.

La prima obiezione avanzata da Habermas coglierebbe nel segno qualora non fosse possibile formulare dei giudizi razionali in ordine (1) all'intensità della violazione o limitazione di un principio, (2) al suo grado di importanza, e quindi (3) al rapporto che si instaura tra i due giudizi precedenti. Se si prescinde dal controllo di adeguatezza e di necessità, i diritti fondamentali, in quanto principi, consentirebbero in tal caso qualunque soluzione giudiziale.

In che modo è possibile evidenziare la razionalità di un giudizio relativo al grado di intensità di una violazione, come anche al grado di importanza di un principio, tale da garantire la fondatezza della soluzione del caso offerta dal bilanciamento? Potremmo a tal fine considerare degli esempi, in modo da evidenziare i presupposti che guidano la soluzione di un caso qualora si ricorra a questo modello. Consideriamo, come primo esempio, una decisione del tribunale costituzionale tedesco in tema di diritto alla salute¹⁷. In questa sentenza, il tribunale qualificò il dovere dei produttori di tabacchi di apporre sui loro prodotti l'indicazione della pericolosità di questi ultimi per la salute, come una limitazione relativamente leggera del diritto alla libertà di impresa. Una limitazione ben più grave sarebbe stata quella di vietare completamente la produzione di tabacchi. Tra questi due estremi, è possibile individuare una serie di limitazioni intermedie nel godimento di un diritto fondamentale. Così facendo, siamo in grado di stilare una scala di intensità, composta dai gradi "leggero", "intermedio" e "rilevante". L'esempio mostra come sia possibile ordinare in modo valido questi distinti livelli di limitazione.

Lo stesso vale per quanto riguarda il versante dei principi concorrenti. I pericoli per la salute provocati dal fumo sono elevati, tanto da configurare una violazione rilevante di un diritto fondamentale. Se dunque l'intensità della limitazione arrecata a un principio risulta leggera e allo stesso tempo il grado di importanza dei motivi scatenanti suddetta limitazione appaiono rilevanti, il

17. BverfGE 95, 173.

risultato dell'esame di proporzionalità in senso stretto può essere qualificato come "evidente"¹⁸, così come ritiene il tribunale costituzionale tedesco.

Si potrebbe a questo punto obiettare che l'esempio appena proposto non dice granché in ordine al nostro problema. Esso, da un lato, concerne delle attività economiche, dall'altro delle situazioni di fatto quantificabili. Vi sono tuttavia degli ambiti problematici nei quali i fattori quantificabili, come ad esempio i costi o la probabilità di un evento dannoso, non giocano alcun ruolo, o perlomeno alcun ruolo rilevante.

Per confutare questa obiezione, è necessario prendere in esame un secondo esempio, nel quale si manifesta il conflitto classico tra libertà di espressione e libertà personale. Il noto settimanale satirico "Titanic" aveva apostrofato un ufficiale riservista paraplegico, che aveva diligentemente assolto ai compiti attribuitigli in occasione di una esercitazione militare, prima come «assassino nato», e in una edizione successiva come «storpio». Il tribunale di Düsseldorf, in seguito alla denuncia presentata dall'ufficiale riservista, condannò il "Titanic" a un risarcimento di 12.000 marchi. Il giornale satirico avanzò a questo punto un'istanza di incostituzionalità della sentenza. Il tribunale costituzionale tedesco ricorse a un «bilanciamento relativo al caso singolo»¹⁹ tra il principio di libertà di espressione, a cui si appellava la rivista satirica (art. 5, comma 1, GG), e i diritti della personalità, per quanto riguardava invece la posizione dell'ufficiale riservista (art. 2, comma 1, come anche art. 1, comma 1, GG). Per bilanciare questi due principi fondamentali, venne determinata l'intensità delle violazioni arrecate ai rispettivi diritti e il rapporto che intercorreva tra di esse. L'entità del risarcimento venne qualificata come «più gravosa», ovvero come una limitazione *più rilevante* della libertà di espressione. Ciò perché, come argomentò il tribunale costituzionale, il risarcimento avrebbe potuto ridurre la disponibilità futura dei convenuti a pubblicare la rivista così come era avvenuto fino a quel momento²⁰. L'appellativo «assassino nato» venne dunque considerato alla luce del contesto satirico caratteristico del "Titanic". Negli articoli della rivista, più persone venivano infatti qualificate come «nate per qualcosa», ma in modo «chiaramente faceto, mediante dei giochi di parole fino ad arrivare a delle vere e proprie scempiaggini»: l'ex presidente federale Richard von Weizsäcker, ad esempio, era stato soprannominato dalla rivista come «nato per essere un semplice cittadino»²¹. La peculiarità del contesto escludeva dunque la possibilità di configurare l'insorgere di una «violazione illecita, rilevante e antigiuridica dei diritti della personalità»²². L'intensità di tale violazione venne qualificata

18. Ivi, p. 187.

19. BverfGE 86, 1 (p. 11).

20. Ivi, p. 10.

21. Ivi, p. 11.

22. Ivi, p. 12.

in ogni caso come *media*, o forse addirittura come *leggera* all'interno del giudizio comparativo. Lo stesso valeva, di conseguenza, per l'importanza riconosciuta alla difesa della personalità del riservista che l'obbligo di risarcimento doveva ripristinare. Sulla scorta di questa distinzione di grado, venne determinata la prima parte del giudizio. Per giustificare la maggiore limitazione che l'obbligo di risarcimento arrecava alla libertà di espressione, la violazione del diritto della personalità avrebbe dovuto essere perlomeno altrettanto rilevante. Non era questo il caso, secondo la valutazione del tribunale costituzionale. Ne seguiva, dunque, che la limitazione della libertà di espressione imposta dal tribunale di Düsseldorf andava giudicata come non proporzionale.

Il concetto di non proporzionalità esprime qui una relazione tra limitazioni concorrenti reali e ipotetiche. La limitazione di un diritto fondamentale è non proporzionale qualora non sia legittimata da una limitazione ipotetica di un altro principio – sancito dalla Costituzione oppure meritevole di tutela in base a essa – perlomeno altrettanto intensa, una limitazione che in mancanza della prima diventerebbe reale. Da questa regola segue, assieme alla gradazione dei beni in gioco formulata dal tribunale costituzionale, che l'entità del risarcimento a carico del "Titanic" per aver utilizzato l'espressione «assassino nato» violava in ogni caso i diritti della rivista satirica.

Diversa era invece la situazione per quanto riguardava l'appellativo «storpio». Questo termine infatti ledeva «*gravemente* la personalità»²³ del paraplegico. L'importanza attribuita alla difesa del riservista attraverso l'inflizione di un obbligo di risarcimento risultava quindi rilevante. Ciò perché, come osserva la Corte costituzionale in sede di motivazione della sentenza, la parola «storpio», se riferita a un paraplegico, viene generalmente percepita «come un'umiliazione», al punto da costituire un segno di «disprezzo». Alla limitazione più rilevante della libertà di pensiero si contrappone dunque un'importanza di grado rilevante riconosciuta alla salvaguardia della personalità. Alla luce di questo quadro d'insieme, il tribunale giunse alla conclusione che non poteva essere riconosciuta «alcuna mancata ponderazione a svantaggio della libertà di espressione del pensiero»²⁴. L'istanza di incostituzionalità avanzata dal "Titanic" risultava pertanto fondata per quanto riguardava l'obbligo di risarcimento inflitto per aver usato l'espressione «assassino nato». Essa era al contrario infondata per quanto riguardava l'appellativo «storpio»²⁵.

La sentenza che abbiamo esaminato applica senza ombra di dubbio il modello del bilanciamento. La critica di Habermas coglie qui nel segno? Considererò in primo luogo l'obiezione più generale e fondamentale, in base alla quale il bilanciamento trascinerebbe il diritto al di fuori del campo di ciò che è

23. Ivi, p. 13 (corsivo mio).

24. *Ibid.*

25. BverfGE 81, 1 (p. 14).

valido o invalido, corretto o errato, rendendo le decisioni giudiziali non giustificabili mediante ragioni.

La struttura formale dell'argomentazione sviluppata dal tribunale costituzionale tedesco può essere condensata nella regola seguente: una limitazione di un diritto fondamentale è non proporzionale qualora non venga legittimata dal fatto che l'escludere tale limitazione costituirebbe una limitazione perlomeno altrettanto grande nella realizzazione di un altro principio (oppure del medesimo principio considerato sotto un diverso rispetto, o in riferimento a una diversa persona).

Questa regola, che potremmo soprannominare "regola di non proporzionalità", istituisce una relazione tra il giudizio relativo al grado di intensità di una limitazione di un diritto fondamentale e il giudizio relativo alla proporzionalità o non proporzionalità della limitazione concorrente. La prima specie di giudizi fornisce il *fondamento* ai giudizi appartenenti alla seconda specie. Detto in altri termini, i giudizi di proporzionalità, al pari di ogni altro giudizio, avanzano una pretesa di correttezza, e questa si basa a sua volta su dei giudizi relativi al grado di intensità, che ne forniscono il fondamento. Ciò basta per non bandire il bilanciamento dal regno di quanto può essere fondato attraverso ragioni.

È possibile rafforzare questa tesi generale qualora si consideri non solo la relazione tra i giudizi relativi al grado di intensità e quelli riguardanti la proporzionalità, ma anche il rapporto che intercorre tra la prima specie di giudizi e le ragioni che vengono utilizzate – a un ulteriore livello argomentativo – al fine di legittimarli. Habermas ritiene che il bilanciamento abbia luogo «in modo arbitrario oppure in modo irriflesso (cioè secondo standard e gerarchie frutto dell'abitudine)». I presupposti che sostengono il giudizio relativo all'intensità della limitazione della libertà di pensiero e della personalità non sono tuttavia irrazionali. La Corte costituzionale tedesca giudicò "rilevante" la limitazione della libertà di espressione poiché l'obbligo di risarcimento inflitto dal tribunale di Düsseldorf poteva pregiudicare la disponibilità futura dei convenuti a pubblicare la loro rivista così come era successo fino a quel momento. Si tratta di un argomento, e, fra l'altro, non di un cattivo argomento. È assai discutibile che l'espressione "assassino nato" costituisca nel concreto una violazione leggera oppure media dei diritti della personalità. Difficile da contestare è tuttavia il fatto che il tribunale adduca delle ragioni a sostegno della gradazione proposta, degne comunque di essere prese in considerazione. La Corte fonda infine il giudizio secondo cui l'apostrofare un paraplegico come "storpio" costituisce una lesione rilevante della sua personalità, adducendo la ragione che tale appellativo è motivo di umiliazione e segno di disprezzo. Si tratta anche qui di un argomento, peraltro di un buon argomento. Non è possibile quindi affermare che il bilanciamento viene effettuato in modo "arbitrario". È anche dubbio il fatto che il tribunale costituzionale abbia formulato il

proprio giudizio di intensità della limitazione “in modo irriflesso (cioè secondo standard e gerarchie frutto dell’abitudine)”. È certo vero che gli standard seguiti dal tribunale si rifanno a una catena di precedenti che ci conducono indietro nel tempo fino alla sentenza Lüth. Parlare di standard “abituali” sarebbe tuttavia giustificato soltanto qualora la sola esistenza dei precedenti fosse rilevante per la decisione, e non anche la loro correttezza. Si potrebbe dunque ritenere che attraverso il bilanciamento trovi applicazione “irriflessa” un qualche standard o gerarchia abitudinaria soltanto qualora tale applicazione non si legasse intimamente a un processo argomentativo. Gli argomenti, infatti, costituiscono l’espressione pubblica della riflessione. Ciò è posto ben in evidenza dalla sentenza del tribunale costituzionale che abbiamo appena esaminato.

Resta da chiarire se il bilanciamento faccia cadere quella fondamentale “paratia antincendio” a cui fa riferimento Jürgen Habermas. Anche in merito a questo punto, la decisione sul “Titanic” risulta assai istruttiva. Il tribunale costituzionale qualificò l’appellativo “storpio” come un’attestazione di disprezzo e una fonte di umiliazione. Si potrebbe proseguire su questa via: l’umiliazione pubblica e il rifiuto di attenzione colpiscono la dignità della persona offesa. Non siamo qui di fronte a una semplice violazione rilevante di un diritto fondamentale, quanto piuttosto a una violazione molto rilevante, o addirittura estremamente rilevante. Se così stanno le cose, è possibile configurare la situazione in cui una certa limitazione non potrebbe mai essere legittimata attraverso un ulteriore intensificarsi delle ragioni a essa sottese. Si tratta della legge del grado-limite negativo della sussunzione²⁶. Volendo esplicitare sinteticamente questa regola, potremmo dire che i diritti fondamentali si rafforzano in maniera più che proporzionale rispetto all’intensità degli attacchi perpetrati nei loro confronti. In questo modo, essi mostrano una sorta di nucleo resistente intangibile. Tale nucleo costituisce la “paratia antincendio” di cui parla Habermas, la quale dovrebbe invece crollare inesorabilmente qualora accettassimo la tesi del bilanciamento. La concezione qui proposta, pertanto, resiste a entrambe le obiezioni avanzate da Habermas.

26. Cfr. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 147.