L'IRCOCERVO
PRIMA RIVISTA ELETTRONICA ITALIANA DI METODOLOGIA GIURIDICA - TEORIA GENERALE DEL DIRITTO E DOTTRINA DELLO STATO
FIRST ITALIAN DIGITAL JOURNAL OF LEGAL METHODOLOGY - GENERAL THEORY OF LAW AND DOCTRINE OF THE STATE

Revisione giudiziaria dei diritti positivi. Il controllo di costituzionalità equilibrato

Matthias Klatt

Università di Graz

Abstract: **Judicial Review of Positive Rights. Balanced Review of Constitutionality**
This article argues that judicial review operates along a spectrum. The tension between legislative and judicial powers can be managed through a balancing act that addresses both excessive and insufficient judicial intervention. This approach is illustrated by a case study concerning the right to a dignified minimum subsistence. The article supports a nuanced framework for the judiciary's enforcement of social and socio-economic rights.

Keywords: Judicial Review, Positive Rights, Balancing, Principles Theory, Democratic Objection.

Sommario: 1. Introduzione – 2. Il problema della competenza – 2.1. La giustiziabilità dei diritti positivi – 2.2. La tassonomia del controllo di costituzionalità – 3. Il controllo giudiziale in equilibrio – 3.1. Controllo eccessivo e controllo insufficiente – 3.2. Differenziare i gradi di deferenza – 3.3. Un conflitto di competenze – 4. Bilanciamento delle competenze – 4.1. Il concetto di bilanciamento delle competenze – 4.2. La legge del bilanciamento – 4.3. Determinazione del peso delle competenze – 5. Analisi dei casi – 6. Conclusione.

1. Introduzione

I diritti positivi obbligano lo Stato ad adottare misure attive, piuttosto che a trattenersi da interferenze ingiustificate. Negli ultimi vent'anni, tali diritti hanno attirato notevole attenzione nell'ambito della dottrina costituzionale comparata[1].

È ampiamente riconosciuto che tutti i diritti possono comportare contemporaneamente la possibilità di imporre alle autorità obblighi sia negativi che

[1] Cfr. K.G. Young, *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012; S. Fredman, *Human Rights Transformed*. *Positive Rights and Positive Duties*, Oxford University Press, Oxford, 2008; S. Liebenberg, *Socio-Economic Rights*. *Adjudication Under a Transformative Constitution*, Juta, Claremont, 2010; M. Klatt, M. Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 85-108. A.R. Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, Oxford, 2004, p. 229.

positivi[2]. Di conseguenza, il concetto di *status positivus*[3] ha un ambito di applicabilità potenzialmente ampia. La dimensione positiva dei diritti è spesso considerata in relazione ai diritti socio-economici o sociali, come il diritto all'istruzione, alla salute, all'alloggio o all'acqua. Tuttavia, questa dimensione positiva non è limitata ai soli diritti sociali. Anche i diritti liberali classici, solitamente classificati come diritti di prima generazione, possono includere una dimensione positiva, mentre i diritti sociali e socio-economici tutelano allo stesso modo uno *status negativus*[4]. Ne consegue che i diritti liberali non possono essere chiaramente distinti dai diritti socio-economici basandosi esclusivamente sulla dicotomia positivo-negativo[5]. Pertanto, il presente articolo utilizza il termine "diritto positivo" per indicare la dimensione positiva dei diritti, indipendentemente dalla loro classificazione generazionale.

I diritti positivi pongono diverse sfide significative, che possono essere raggruppate in quattro categorie principali: giustificazione, contenuto, struttura e competenza[6]. La questione della giustificazione riguarda aspetti politici, come ad esempio se, e in che misura, i diritti positivi debbano essere inclusi in un catalogo di diritti[7]. Ciò richiede di dimostrare che le funzioni positive dello Stato sono questioni di diritto piuttosto che di semplice moralità[8]. Inoltre, la questione della giustificazione comporta questioni di interpretazione giuridica relative al fatto che una particolare costituzione riconosca o meno i diritti positivi. Ciò è stato particolarmente evidente nei primi anni successivi all'adozione della Costituzione brasiliana del 1988, quando per oltre un decennio è rimasto incerto se le disposizioni sociali ed economiche della Costituzione stabilissero diritti positivi o semplicemente delineassero obiettivi politici. Il *Supremo Tribunal Federal* ha posto fine a questo dibattito attraverso una serie di decisioni fondamentali relative al

[2] Cfr. S. Fredman, *Human Rights*, cit., pp. 65, 69; M. Khosla, "Making Social Rights Conditional. Lessons from India", in *International Journal of Constitutional Law*, 8 (2010), n. 4, pp. 739-765, in particolare p. 741; M. Wesson, "Disagreement and the Constitutionalisation of Social Rights", in *Human Rights Law Review*, 12 (2012), n. 2, pp. 221-253, in particolare p. 225; A.R. Mowbray, *op. cit.*, p. 224.
[3] Cfr. G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1905, p. 86.
[4] "Al minimo, i diritti socioeconomici possono essere tutelati contro eventuali violazioni indebite". *Ex Parte* Chairperson of the Constitutional Assembly: In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa SA par. 78 (Const. Ct. S. Afr., Sept. 6, 1996). Recuperato da http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1996/26.html, [Data di consultazione: 31/03/2026].
[5] Cfr. M. Wesson, *op. cit.*, p. 225.
[6] Per i primi tre gruppi di problemi, si veda R. Alexy, "On Constitutional Rights to Protection", in *Legisprudence*, 3 (2009), n. 1, pp. 1-17, in particolare p. 3; M. Klatt, "Positive Obligations under the European Convention on Human Rights", in *Heidelberg Journal of International Law*, 71 (2011), pp. 681-718, in particolare pp. 681, 693.
[7] Cfr. K.G. Young, *op. cit.*, chs. 1 and 2.
[8] Cfr. S. Fredman, *Human Rights*, cit., pp. 9-30.

diritto alla salute[9]. Altri ordinamenti giuridici sono meno inclini a riconoscere i diritti positivi come diritti costituzionali, preferendo invece affrontarli attraverso processi politici. Esempi notevoli di questo approccio più scettico includono il Regno Unito e gli Stati Uniti[10].

Il secondo gruppo di questioni riguarda il contenuto dei diritti positivi. Anche se il problema della giustificazione viene risolto, possono comunque presentarsi disaccordi riguardo all'esatto contenuto degli obblighi positivi dello Stato e al modo in cui tali obblighi dovrebbero essere adempiuti[11]. Qualsiasi misura di protezione comporta dei costi, che possono essere misurati in termini monetari, di restrizioni alla libertà, o di entrambi[12]. Risolvere efficacemente le questioni della giustificazione e del contenuto richiede una chiara comprensione della struttura dei diritti positivi, che costituisce il terzo ambito di problemi[13]. La dottrina più recente ha compiuto progressi nel chiarire questa struttura, in particolare per quanto riguarda il rapporto tra diritti positivi e il criterio di proporzionalità[14]. L'applicazione di tale criterio mostra notevoli differenze quando viene applicato ai diritti positivi rispetto ai diritti negativi[15].

La quarta questione riguarda la competenza o la giustiziabilità. Ciò concerne il ruolo appropriato della magistratura nell'applicazione dei diritti positivi, un ruolo che deve essere chiaramente distinto dalla competenza del legislatore[16]. Spesso, si confondono le questioni sostanziali con la relativa competenza decisionale. Questa confusione è esemplificata dalla ben nota obiezione democratica ai diritti positivi, che non riesce a distinguere tra la questione della giustificazione e quella della competenza.

Questo articolo discute la questione della competenza; tuttavia, le sue conclusioni hanno implicazioni anche per affrontare altri problemi correlati. Ad esempio, l'obiezione democratica, spesso citata come motivo per rifiutare categoricamente il problema della giustificazione, può essere incorporata nella soluzione relativa alla questione della competenza, come verrà dimostrato di seguito. Di conseguenza, l'obiezione democratica non indebolisce la giustificazione

[9] Supremo Tribunal Federal, Ag. Reg. no Ag.AI n. 238.328-0/RS, segunda turma, Rel. Min. Marco Aurélio, Nov. 16, 1999 (Braz.); Supremo Tribunal Federal, Ag. Reg. no. RE 271.286-8 AgR/RS, segunda turma, Rel. Min. Celso de Mello, Sept. 12, 2000 (Braz.).

[10] Cfr. S. Fredman, "New Horizons. Incorporating Socio-Economic Rights in a British Bill of Rights", in *Public Law* (2010), pp. 297-320; C. Gearty, "Against Judicial Enforcement", in C. Gearty, V. Mantouvalou (a cura di), *Debating Social Rights,* Hart Publishing, Oxford, 2010, pp. 1-84; M. Wesson, *op. cit.*, pp. 222-223; S. Fredman, *Human Rights,* cit., p. 94 s.

[11] Cfr. M. Wesson, *op. cit.*, p. 227.

[12] Cfr. R. Alexy, "On Constitutional Rights to Protection", cit., p. 3.

[13]Al riguardo, *ivi*, p. 3 s.; cfr. anche M. Klatt, "Positive Obligations under the European Convention on Human Rights", cit., p. 693.

[14] Cfr. M. Klatt, M. Meister, *op. cit.*, pp. 85-108; M. Klatt, "Positive Obligations under the European Convention on Human Rights", cit., pp. 704-718; R. Alexy, "On Constitutional Rights to Protection", cit., pp. 10-17.

[15] Cfr. M. Klatt, M. Meister, *op. cit.*, pp. 94-108.

[16] Cfr. M. Wesson, *op. cit.*, pp. 222, 224, 228.

dei diritti positivi. Per consentire una chiara attenzione sul problema della competenza, adotterò, senza ulteriori argomentazioni, una concezione specifica dei diritti positivi, supponendo che siano norme giuridicamente vincolanti che conferiscono diritti soggettivi *prima facie*[17].

Questo articolo è stato originariamente pubblicato in inglese dieci anni fa[18]. A seguito della perspicace recensione di David Bilchitz[19] ha avuto una significativa influenza nel settore. Sono onorato che, dopo la traduzione in portoghese[20], la rivista "L'Ircocervo" stia ora pubblicando una versione italiana[21]. Le componenti teoriche qui discusse – in particolare quelle relative al controllo giurisdizionale dei diritti positivi – fanno parte di un progetto più ampio, che comprende una monografia di rilievo[22], due articoli su riviste[23] e due capitoli di libri[24].

2. Il problema della competenza

2.1. La giustiziabilità dei diritti positivi

Il problema della competenza non si verifica solo con i diritti positivi; esso rappresenta il "dilemma della giurisprudenza in materia di diritti umani"[25]. Da un

[17] Cfr. R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 334-337.

[18] M. Klatt, "Positive Rights. Who Decides? Judicial Review in Balance", in *International Journal of Constitutional Law*, 13 (2015), n. 2, pp. 354-382; ripubblicato come M. Klatt, "Positive Rights: Who Decides? Judicial Review in Balance", in J.-R. Sieckmann (a cura di), *Proportionality, Balancing, and Rights*, Springer, Cham, 2021, pp. 163-195.

[19] Cfr. D. Bilchitz, "Article Review", in *ICONnect*. Recuperato da http://www.iconnectblog.com/article-review-david-bilchitz-on-matthias-klatts-positive-rights-who-decides-judicial-review-in-balance /, [Data di consultazione: 31/03/2026].

[20] Cfr. M. Klatt, "Direitos a prestações positivas: quem deve decidir? Controle judicial ponderado. *Trad. Carlos Luiz Strapazzon*", in R. Alexy, N.L.X. Baez, R.L. Nery da Silva (a cura di), *Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo*, Qualis, Florianópolis, 2015, pp. 215-266.

[21] Per questa versione italiana il testo originale è stato leggermente modificato: in parte è stato abbreviato, ma è stato anche integrato con alcuni nuovi paragrafi, soprattutto nella conclusione.

[22] Cfr. M. Klatt, *Die praktische Konkordanz von Kompetenzen*. *Entwickelt anhand der Jurisdiktionskonflikte im Europäischen Grundrechtsschutz*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014.

[23] M. Klatt, "Balancing Competences. How Institutional Cosmopolitanism Can Manage Jurisdictional Conflicts", in *Global Constitutionalism*, 4 (2015), n. 2, pp. 195-226; Id., "Judicial Review and Institutional Balance. Comments on Dimitrios Kyritsis", in *Revus* (2019), n. 38, pp. 21-38.

[24] M. Klatt, "The Legitimacy of Constitutionally Conforming Interpretation", in Id. (a cura di), *Constitutionally Conforming Interpretation - Comparative Perspectives. Volume 1: National Reports*, Hart Publishing, Oxford, 2023, pp. 1-32, in particolare pp. 25-31; Id., "Six Problems with Constitutionally Conforming Interpretation", in Id. (a cura di), *Constitutionally Conforming Interpretation - Comparative Perspectives. Volume 2: Connections and Analysis*, Hart Publishing, Oxford, 2025, pp. 257-279, in particolare pp. 272-276.

[25] Cfr. S. Fredman, "From Dialogue to Deliberation. Human Rights Adjudication and Prisoners' Rights to Vote", in *Public Law* (2013) , 292-311, in particolare p. 292.

lato, consentire alla magistratura di fornire interpretazioni definitive dei diritti umani implica formulare giudizi di valore controversi. Ciò mette in discussione l'ideale democratico secondo cui, se non tutte le decisioni, almeno quelle più importanti dovrebbero essere prese dal popolo piuttosto che da giudici che non sono eletti e non responsabili verso di esso[26]. Dall'altro lato, il potere decisionale illimitato dei rappresentanti eletti rischia di violare i diritti umani, rendendo così necessari dei limiti alle autorità elette. I diritti umani fungono da tali limiti; tuttavia, senza un controllo giudiziario che li faccia rispettare, essi mancano di efficacia.

Questo dilemma emerge nella giurisprudenza sui diritti umani sia che si tratti di diritti positivi che di diritti negativi. Il dibattito è in qualche modo offuscato perché alcuni studiosi, quando discutono della giustiziabilità dei diritti positivi, sollevano problematiche che mettono in discussione il controllo giudiziale dei diritti umani nel senso più ampio. Tuttavia, il dilemma è particolarmente rilevante per i diritti positivi. Il presente articolo si concentra esclusivamente sulla competenza giudiziale in materia di diritti positivi, perché il mio obiettivo è di disapprovare l'argomento secondo cui il riconoscimento dei diritti positivi provocherebbe uno spostamento di potere all'interno dello Stato costituzionale. Tuttavia, i risultati di questo studio sono rilevanti anche per la questione più ampia del controllo giudiziale.

La questione della competenza è senza dubbio l'aspetto più controverso della giurisprudenza sui diritti positivi[27]. La sua importanza, però, non può essere sopravvalutata, poiché riguarda sia gli aspetti pratici che quelli teorici. Dal punto di vista pratico, negli ultimi anni si è registrato un notevole aumento dei casi giudiziari relativi ai diritti positivi in diverse giurisdizioni. Un esempio particolarmente significativo è quello del Brasile, dove ricerche empiriche hanno documentato un aumento considerevole dei contenziosi in materia sanitaria riguardanti la fornitura gratuita di medicinali e cure. Tra il 2006 e il 2009, il numero di tali casi è aumentato tra il 505 e il 1412 per cento rispetto al 2002, con i ricorrenti che, allo stesso tempo, hanno ottenuto ragione inoltre l'80 per cento dei casi[28]. Questo fenomeno viene spesso definito come la giudizializzazione del diritto alla salute"[29].

Per quanto riguarda il suo significato teorico, la questione della competenza costituisce la principale obiezione al riconoscimento di diritti positivi esigibili[30].

[26] Cfr. J. Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review", in *Yale Law Journal*, 115 (2006), pp. 1346-1406.
[27] Cfr. S. Fredman, *Human Rights*, cit., p. 92.
[28] Cfr. J. Biehl, J.J. Amon, M.P. Socal, A. Petryna, "Between the Court and the Clinic. Lawsuits for Medicines and the Right to Health in Brazil", in *Health and Human Rights*, 14 (2012), n. 1, pp. 36-52, 40, 46; O.L.M. Ferraz, "Right to Health Litigation in Brazil", in *SSRN*. Recuperato da http://papers.ssrn.com/abstract=1426011, [Data di consultazione: 25/02/2014].
[29] J. Biehl, A. Petryna, A. Gertner, J.J. Amon, P.D. Picon, "Judicialisation of the Right to Health in Brazil", in *The Lancet*, 373 (2009), n. 9682, pp. 2182-2184; J. Biehl, J.J.Amon, M.P. Socal, A. Petryna, *op. cit.*, p. 37; O.L.M. Ferraz, "The Right to Health in the Courts of Brazil. Worsening Health Inequities?", in *Health and Human Rights*, 11 (2009), n. 2, pp. 33-45.
[30] Cfr. K.G. Young, *op. cit.*, pp. 133-135.

Questa preoccupazione è particolarmente diffusa nella letteratura statunitense, sebbene venga sollevata anche in sistemi giuridici che riconoscono i diritti positivi[31]. L'obiezione si presenta in due forme principali, relative ai limiti della competenza e alla legittimità giudiziaria. La versione relativa alla competenza sostiene che i tribunali non sono generalmente ben attrezzati per gestire questioni complesse con significative implicazioni politiche[32]. A differenza del potere legislativo, i tribunali non dispongono del supporto di articolate strutture burocratiche che raccolgono ed elaborano informazioni su molti argomenti e discipline. Di conseguenza, la loro competenza in materia di teoria etica e di teoria politica è limitata[33].

La variante della legittimità dell'obiezione relativa alla competenza sostiene che ai giudici dovrebbe essere vietato svolgere qualsiasi ruolo sostanziale nell'applicazione dei diritti sociali, poiché essi non sono né eletti né soggetti a responsabilità democratica[34]. I sostenitori di questa visione affermano che consentire ai tribunali di riesaminare gli atti legislativi per verificare eventuali interferenze con i diritti positivi altera l'equilibrio dei poteri. Di conseguenza, l'autorità all'interno dello Stato si sposta dal processo politico e dai rappresentanti democraticamente eletti verso la magistratura. Questo cambiamento trasforma uno Stato legislativo parlamentare in quello che è stato definito uno "Stato giudiziario costituzionale"[35] o una "giuristocrazia"[36]. I sostenitori di questa prospettiva sostengono che una tale trasformazione possa essere impedita solo negando ai tribunali il potere di riesaminare i diritti positivi[37]. Questa critica è stata esemplificata dal voto dissenziente nella prima sentenza della Corte costituzionale federale sull'aborto.

> L'autorità della Corte costituzionale di annullare le decisioni prese dal Parlamento dovrebbe essere esercitata con moderazione per evitare uno squilibrio tra i poteri costituzionali. Il principio dell'autolimitazione giudiziaria è particolarmente rilevante quando il controllo di costituzionalità comporta la definizione di standard per il potere legislativo democraticamente legittimato riguardo alla strutturazione positiva dell'ordine sociale, piuttosto che la semplice protezione contro le violazioni da parte delle autorità statali.

[31] Cfr. R.H. Bork, "The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution", in *Washington University Law Quarterly* (1979), pp. 695-701; L.L. Fuller, "The Forms and Limits of Adjudication", in *Harvard Law Review*, 92 (1978), p. 353.
[32] *Ivi*, pp. 393-405; O.M. Fiss, "The Forms of Justice", in *Harvard Law Review*, 93 (1979), 1-58, 60-281, in particolare pp. 39-44; J.A. King, "The Pervasiveness of Polycentricity", in *Public Law* (2008), pp. 101-124.
[33] Cfr. K.G. Young, *op. cit.*, p. 135.
[34] Cfr. M. Wesson, *op. cit.*, p. 228.
[35] Cfr. E.-W. Böckenförde, "Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik", in E.-W. Böckenförde (a cura di), *Staat, Verfassung, Demokratie,* Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1991, pp. 159-199, in particolare, p. 159.
[36] Cfr. R. Hirschl, *Towards Juristocracy*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2004.
[37] Cfr. E.-W. Böckenförde, *op. cit.*, pp. 198, 194.

> In materia di diritti positivi, la Corte costituzionale deve resistere alla tentazione di assumere il ruolo del potere legislativo[38].

2.2. La tassonomia del controllo di costituzionalità

Le risposte alla questione della competenza all'interno dei vari sistemi costituzionali mostrano una notevole diversità. Questo spettro va dal rifiuto totale di qualsiasi ruolo significativo della magistratura nell'applicazione dei diritti positivi al sostegno di un forte controllo di costituzionalità. Ad esempio, la Costituzione irlandese illustra il primo approccio includendo "principi di politica sociale" positivi ma escludendoli esplicitamente dalla giustiziabilità[39]. In contrasto, il secondo approccio si riflette nella giurisprudenza brasiliana sul diritto alla salute e nelle costituzioni post-autocratiche introdotte dopo la caduta del comunismo nell'Europa centrale e orientale[40]. Tra questi due estremi si collocano modelli intermedi, come il controllo di ragionevolezza del Sudafrica e l'interazione dialogica tra corti e legislatore in Canada, che costituiscono esempi degni di nota[41].

Questo quadro tripartito rispecchia da vicino una preziosa tipologia di controllo giudiziale recentemente descritta da Young[42]. Secondo la sua classificazione triadica, il ruolo dei tribunali nel controllo dei diritti positivi può essere compreso attraverso tre approcci distinti: "distaccato", "impegnato" o "attivista". Un tribunale "distaccato" adotta un atteggiamento deferente, concedendo significativa autorità e superiorità epistemica ai poteri legislativo ed esecutivo[43]. Di conseguenza, un tribunale di questo tipo rimanda in gran parte l'applicazione dei diritti positivi ai poteri eletti. Al contrario, un tribunale "impegnato" coinvolge attivamente le parti interessate in un caso per sviluppare in

[38] BVerfGE 39, 1, par. 222, opinione dissenziente.
[39] Cfr. Constitution, 1937, art. 45 (Ir.). Cfr. M.V. Tushnet, "Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review", in *Texas Law Review*, 82 (2004), pp. 1895-1919, in particolare pp. 1898, 1918.
[40] Supremo Tribunal Federal, Ag. 238.328/RS; RE 271.288 AgR/RS (Braz.). Cfr. G.F. Mendes, "The Judiciary and the Right to Health", Princeton, 25/03/2010. Recuperato da http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/discursoPrinceton.pdf, [Data di consultazione: 31/03/2026]; W. Sadurski, "Rights-Based Constitutional Review in Central and Eastern Europe", in T. Campbell, K.D. Ewing, A. Tomkins (a cura di), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 315-334; Id., "Judicial Review and the Protection of Constitutional Rights", in *Oxford Journal of Legal Studies*, 22 (2002), n. 2, pp. 275-299, in particolare p. 298; D. Landau, "Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law", in *Harvard International Law Journal*, 51 (2010), pp. 319-377, in particolare p. 367, sull'evoluzione della Corte costituzionale ungherese verso un approccio più deferente.
[41] Cfr. A. Pillay, "Toward Effective Social and Economic Rights Adjudication. The Role of Meaningful Engagement", in *International Journal of Constitutional Law*, 10 (2012), n. 3, pp. 732-755; M. Wesson, *op. cit.*; R. Dixon, "Creating Dialogue about Socioeconomic Rights. Strong-form versus Weak-form Judicial Review Revisited", in *International Journal of Constitutional Law*, 5 (2007), n. 3, pp. 391-418; S. Fredman, *Human Rights*, cit., ; K.G. Young, *op. cit.*, pp. 174-191.
[42] *Ivi*, pp. 142-166, 193-196.
[43] *Ivi*, pp. 143, 206-121.

modo collaborativo una soluzione. Questo coordinamento riflessivo, che attinge a metodi della nuova *governance* pubblica, comporta una valutazione più rigorosa delle azioni governative[44]. L'approccio del "coinvolgimento significativo" introdotto dalla Corte costituzionale sudafricana esemplifica questo modello[45]. Infine, una corte "attivista" è disposta a formulare autonomamente determinazioni sostanziali dettagliate e applica un controllo ancora più rigoroso alle politiche o alla legislazione governativa. La Corte costituzionale colombiana, spesso descritta come "forse la corte più attivista al mondo", incarna questo approccio[46].

Sebbene la tipologia di Young sia innegabilmente convincente, lascia senza risposta una domanda essenziale: come si può determinare quale dei tre approcci debba essere impiegato all'interno di uno specifico sistema costituzionale? In particolare, quali criteri normativi sono a disposizione dei tribunali per guidare la loro scelta di uno standard di revisione rispetto a un altro? Sebbene una descrizione dei vari modelli di ruolo giudiziario offra una base preziosa, essa non fornisce, di per sé, una guida normativa. Di conseguenza, la tipologia di Young deve essere integrata da un quadro teorico che chiarisca come decidere quale dei tre approcci – distaccato, impegnato o attivista – debba essere utilizzato in un caso particolare. L'obiettivo principale di questo articolo è quello di proporre una teoria di questo tipo.

I tribunali tendono ad affrontare la concezione del proprio ruolo in modo flessibile e possono modificarla nel tempo; pertanto, una categorizzazione rigida rischia di portare a valutazioni non accurate. Indipendentemente dal contesto istituzionale, ogni tribunale dispone di una gamma di opzioni teoriche. La questione decisiva, quindi, è come giustificare razionalmente la scelta di un particolare approccio al controllo giudiziale. Si suggerisce che, piuttosto che scegliere in astratto tra i tre modelli e attenersi rigidamente a tale scelta, sia preferibile un modello flessibile di controllo giudiziale, in grado di accogliere una serie di opzioni a seconda delle circostanze di ciascun caso.

3. Il controllo giudiziale in equilibrio

3.1. Controllo eccessivo e controllo insufficiente

I tre approcci di Young al ruolo delle corti devono essere compresi nel contesto delle due sfide fondamentali che la magistratura deve affrontare: l'usurpazione

[44] *Ivi*, pp. 150-153, 200-206.
[45] Olivia Road, 3 S.A. 208 (Const. Ct. S. Afr., Feb. 19, 2008).
[46] Cfr. D. Landau, *op. cit.*, p. 321. Ottima analisi di K.G. Young, J. Lemaitre, "The Comparative Fortunes of the Right to Health. Two Tales of Justiciability in Colombia and South Africa", in *Harvard Human Rights Journal*, 26 (2013), pp. 179-216; R.M. Nunes, "Ideational Origins of Progressive Judicial Activism. The Colombian Constitutional Court and the Right to Health", in *Latin American Politics and Society*, 52 (2010), n. 3, pp. 67-97.

giudiziaria e l'abdicazione giudiziaria[47]. L'usurpazione giudiziaria si verifica quando la magistratura interpreta e fa valere i diritti in un modo che di fatto assume il controllo del sistema politico, emarginando così i poteri democraticamente eletti[48]. Waldron ha elaborato la critica classica a tale attivismo giudiziario[49]. L'abdicazione giudiziaria, d'altra parte, si verifica quando i tribunali non riescono a proteggere adeguatamente i diritti positivi[50]. Ad esempio, il controllo di ragionevolezza effettuato dalla Corte costituzionale sudafricana è stato criticato per aver mostrato un'eccessiva deferenza e aver offerto una protezione insufficiente dei diritti positivi[51].

L'usurpazione giudiziaria comporta un controllo eccessivo, mentre l'abdicazione causa un controllo insufficiente. Nel primo caso, i diritti sono tutelati a un costo eccessivamente alto per il principio di democrazia; nel secondo, il tribunale è relegato al ruolo di mero osservatore dei fallimenti legislativi o esecutivi. Di conseguenza, il principio democratico è preservato a spese indebite dell'applicazione dei diritti positivi. In queste circostanze, i tribunali non possono garantire che le autorità statali forniscano un'adeguata giustificazione delle loro decisioni. Questa funzione è vitale per la legittimità di qualsiasi esercizio del potere pubblico[52].

Le due situazioni di usurpazione e di abdicazione non costituiscono una rigorosa opposizione; piuttosto, si collocano lungo un *continuum*. Entrambe rappresentano gli estremi opposti dello spettro del controllo giudiziale[53]. Abbiamo quindi la responsabilità di trovare il giusto equilibrio tra i due estremi dell'usurpazione e dell'abdicazione per raggiungere il livello ottimale di controllo. In questa ricerca, è utile distinguere tra i tre diversi livelli di deferenza.

3.2. Differenziare i gradi di deferenza

Per caratterizzare con maggiore precisione le diverse intensità di controllo esercitate dai tribunali, propongo una scala a tre livelli che distingue tra tre distinti

[47] Cfr. K.G. Young, *op. cit.*, p. 133 s.
[48] *Ivi*, p. 134; cfr. R. Hirschl, *op. cit*.
[49] J. Waldron, "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", in *Oxford Journal of Legal Studies*, 13 (1993), pp. 18-51, in particolare p. 42.
[50] Cfr. K.G. Young, *op. cit.*, p. 134.
[51] Cfr. S. Fredman, *Human Rights*, cit., p. 115; M. Khosla, *op. cit.*, p. 757.
[52] D. Dyzenhaus, "The Politics of Deference. Judicial Review and Democracy", in M. Taggart (a cura di), *The Province of Administrative Law*, Hart Publishing, Oxford, 1997, pp. 279-307; D.M. Davis, "Adjudicating the Socioeconomic Rights in the South African Constitution. Towards 'Deference lite'?", in *South African Journal on Human Rights*, 22 (2006), pp. 301-327, in particolare p. 319; M. Wesson, *op. cit.*, p. 245.
[53] Cfr. M.V. Tushnet, "New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights- and Democracy-Based Worries", in *Wake Forest Law Review*, 38 (2003), pp. 813-838, in particolare p. 824.

gradi di deferenza[54]. Si sostiene che questi tre livelli siano direttamente allineati con la tipologia tripartita di Young dei tribunali distaccati, impegnati e attivisti. Tuttavia, Young rifiuta esplicitamente l'idea che la sua tipologia corrisponda a un *continuum* che va dal controllo giurisdizionale debole a quello forte[55]. Con tutto il rispetto, non condivido la sua opinione su questo punto. In particolare, un esame più attento delle descrizioni dettagliate dei tipi fornite da Young suggerisce che la tipologia rifletta effettivamente una scala di intensità di controllo. Ad esempio, il sottotipo del controllo gestionale è descritto come un "controllo più rigoroso del governo"[56].

Una bassa intensità di controllo, indicativa di un'elevata deferenza, si verifica quando il tribunale cerca solo errori evidenti commessi dal decisore principale. Ad esempio, la Corte Suprema degli Stati Uniti esamina la legislazione sociale solo alla ricerca di errori legislativi evidenti, che devono essere "così evidenti da non lasciare spazio a dubbi razionali"[57]. Allo stesso modo, la Corte costituzionale sudafricana ha applicato una bassa intensità di controllo durante i primi passi della sua attività giudiziale[58]. Anche la Corte costituzionale federale tedesca utilizza un livello lieve di scrutinio attraverso il suo "controllo degli errori evidenti" nelle decisioni legislative che incidono sui diritti positivi[59].

Nella seconda sentenza in materia di aborto della Corte costituzionale federale tedesca emerge un livello di controllo moderato, o intermedio, che comporta un corrispondente grado di deferenza. La Corte ha delegato al legislatore la responsabilità di specificare i mezzi e la portata della tutela accordata alla vita del nascituro. Tuttavia, la Corte conserva la facoltà di valutare se la tutela prevista sia adeguata ed efficace e se si basi su un esame approfondito e accurato dei fatti, nonché su valutazioni giustificabili[60].

Infine, un livello di controllo rigoroso, che riflette una deferenza minima, è stato esercitato dalla Corte costituzionale federale tedesca nella sua prima sentenza sull'aborto del 1975. In quella decisione, la Corte ha sottolineato il proprio obbligo di difendere il diritto alla vita, anche contro la volontà della maggioranza democratica, contro presunte priorità politiche o contro opinioni sociali

[54] Cfr. R.R. Kelso, "Standards of Review under the Equal Protection Clause and Related Constitutional Doctrines Protecting Individual Rights", in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 4 (2002), n. 2, pp. 225-259.
[55] "È importante sottolineare che queste categorie non si collocano su un *continuum* che va dalla 'forza' alla 'debolezza' del controllo giurisdizionale...": cfr. K.G. Young, *op. cit.*, p. 142.
[56] *Ivi*, p. 155. Per le descrizioni relative agli altri sottotipi, cfr. "esame approfondito dell'operato del governo", *ivi*, p. 147, "valutazione approfondita", *ivi*, p. 150, e "esame rigoroso", *ivi*, p. 162.
[57] J.B. Thayer, "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", in *Harvard Law Review*, 7 (1893), n. 3, p. 129, in particolare p. 144.
[58] Soobramoney v. Minister of Health (Kwazulu-Natal), SA 765, par. 30, 58 (Const. Ct. S. Afr., Nov. 27, 1997). Cfr. Davis, *op. cit.*, p. 318. Un caso di notevole deferenza è anche Mazibuko v. City of Johannesburg, S.A. 1 (Const. Ct. S. Afr., Oct. 8, 2009).
[59] BVerfGE 77, 170, par. 101 (ted.).
[60] BVerfGE 88, 203, par. 166 (ted.). Cfr. anche K.G. Young, *op. cit.*, pp. 150-155.

dominanti[61]. Allo stesso modo, nei primi anni di attività della Corte costituzionale ungherese è stato applicato un esame rigoroso, che ha portato all'osservazione che "la Corte costituzionale stava, a tutti gli effetti, governando il Paese"[62]. Inoltre, in questo contesto merita di essere menzionato l'approccio "hard look"[63] adottato dalla Corte costituzionale sudafricana nella causa Khosa contro il Ministro dello Sviluppo Sociale[64].

L'argomento principale del presente articolo è che la scelta tra questi tre livelli di deferenza non dovrebbe essere effettuata in modo definitivo all'interno di un particolare sistema giuridico. Al contrario, il livello appropriato di scrutinio deve essere determinato caso per caso, tenendo conto delle specifiche circostanze fattuali e normative. Questo approccio flessibile contrasta nettamente con altre teorie che mirano a stabilire uno standard uniforme di revisione e deferenza[65]. Solo il modello flessibile può garantire che in ogni caso si raggiunga il giusto equilibrio tra un controllo eccessivo e uno insufficiente.

Si potrebbe obiettare che la prevedibilità di uno standard specifico di controllo sia importante per lo Stato di diritto, il che è indubbiamente vero[66]. La questione chiave, quindi, è come si può bilanciare la flessibilità nei livelli di deferenza con il mantenimento della prevedibilità in tale deferenza. La risposta sta nel comprendere il controllo giudiziale come un conflitto di competenze che può essere risolto attraverso un processo di bilanciamento.

3.3. Un conflitto di competenze

La questione istituzionale del controllo giurisdizionale può essere concettualizzata come un conflitto di competenze[67]. Questo conflitto esiste tra l'autorità del legislatore di decidere su questioni riguardanti i diritti positivi, da un lato, e il potere della Corte costituzionale di revisione di tali decisioni, dall'altro. La competenza è intesa come un potere giuridicamente riconosciuto di modificare il quadro normativo attraverso un atto istituzionale[68].

[61] BVerfGE 39, 1, par. 207 (ted.). Com'era prevedibile, questa decisione è stata duramente criticata dai giudici dissenzienti per usurpazione di poteri giudiziari: *ivi*, par. 222.
[62] K.L. Scheppele, *Democracy by Judiciary. Or, Why Courts can be More Democratic than Parliaments*, in A.W. Czarnota, M. Krygier, W. Sadurski (a cura di), *Rethinking the Rule of Law after Communism*, Central European Univ. Press, Budapest, 2005, pp. 25-60.
[63] Cfr. S. Liebenberg, *Socio-Economic Rights. Adjudication under a Transformative Constitution*, Juta, Claremont (Cape Town, South Africa), 2010, p. 329.
[64] Khosa v. Minister of Social Development, S.A. 505 (Const. Ct. S. Afr., March 4, 2004). Cfr. anche Olivia Road, 3 S.A. 208 (Const. Ct. S. Afr., Feb. 19, 2008).
[65]Cfr. R. Dixon, *op. cit.*, p. 393.
[66] Cfr. M. Wesson, *op. cit.*, p. 224.
[67] Ciò vale per il controllo giudiziale in generale, ma in questa sede limiterò la mia analisi al controllo giudiziale dei diritti positivi, cfr.soprasezione 2.1.
[68] Cfr. A. Ross, *Directives and Norms*, Routledge, London, 1968, p. 130.

Ritengo che le competenze costituiscano una categoria specifica di norme, precisamente principi piuttosto che regole. La teoria dei principi distingue tra principi sostanziali e formali[69]. Le competenze sono classificate come principi formali perché specificano chi ha il potere di prendere decisioni sostanziali e rappresentano l'aspetto autorevole di un sistema giuridico[70]. In quanto principi, le competenze sono "precetti di ottimizzazione". A questo riguardo, non vi è alcuna differenza tra principi formali e sostanziali; entrambi richiedono che qualcosa sia realizzato nella misura più ampia possibile, secondo possibilità fattuali e giuridiche[71]. I principi in conflitto definiscono le possibilità giuridiche di cui qui si discorre[72].

Questo quadro teorico basato sui principi è strettamente correlato alla questione del controllo di costituzionalità. Le costituzioni moderne mirano a proteggere l'autorità del potere legislativo democraticamente eletto, cercando al contempo di salvaguardare i diritti attraverso una competenza di controllo esercitata dal potere giudiziario. Entrambe le competenze sono principi costituzionali e, in quanto tali, devono essere realizzate nel modo più ampio possibile. Pertanto, la questione non è se il potere giudiziario debba definire la portata degli obblighi positivi dello Stato o se questo spetti al potere legislativo. Il problema del controllo di costituzionalità non è una questione di alternative, bensì una questione di gradi.

Se è corretto affermare che la sfida istituzionale del controllo di costituzionalità derivi da un conflitto di principi formali piuttosto che da una collisione di regole, allora la risposta non può essere trovata semplicemente interpretando le norme di competenza. Al contrario, si deve applicare una procedura di bilanciamento[73].

4. Bilanciamento delle competenze

In questa sezione spiegherò come si possono bilanciare le competenze. Innanzitutto, introdurrò il concetto di bilanciamento delle competenze. Successivamente, trasporrerò la legge del bilanciamento di Alexy dall'ambito dei principi sostanziali a quello dei principi formali. In terzo luogo, analizzerò una serie di fattori utilizzati

[69] Cfr. R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights Theory*, cit., pp. 58, 82, 192, 313, 416. Per gli ultimi sviluppi, Id., *Comments and Responses*, in M. Klatt (a cura di), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 329-356; J.A. Portocarrero Quispe, "Zu Begriff und Struktur der formellen Prinzipien", in M. Klatt (a cura di), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung,* Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, pp. 200-235; M. Borowski, "Formelle Prinzipien und Gewichtsformel", in M. Klatt (a cura di), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, pp. 151-199.
[70] Cfr. M. Klatt, M. Meister, *op. cit.*, pp. 135-146.
[71] Cfr. R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights Theory*, cit., p. 47.
[72] Cfr. Cfr. M. Klatt, M. Meister, *op. cit*., p. 10.
[73] Cfr. R. Alexy, "On Balancing and Subsumption", in *Ratio Juris*, 16 (2003), n. 4, pp. 433-449.

per determinare il peso concreto delle competenze del legislatore e del potere giudiziario. Infine, prenderò in esame due potenziali obiezioni alla mia teoria.

4.1. Il concetto di bilanciamento delle competenze

Il bilanciamento delle competenze in collisione contribuisce ad adempiere all'obbligo costituzionale di realizzare i diritti positivi nella realtà concreta, nel rispetto dell'autorità dei poteri legislativo ed esecutivo[74]. Questo approccio consente una comprensione del ruolo del potere giudiziario nell'applicazione dei diritti positivi, permettendo una certa intensità di controllo sugli altri poteri pur consentendo loro di esercitare una discrezionalità sostanziale[75]. Lo scopo di un modello di bilanciamento del controllo giudiziale è quello di proteggere i diritti positivi riducendo al contempo il rischio di un'ingerenza ingiustificata nell'autogoverno democratico[76].

Lo scopo principale del bilanciamento delle competenze è quello di superare un approccio dicotomico che attribuisca il potere ultimo o al potere giudiziario o al potere legislativo, oppure imponga una priorità rigida e indipendente dai casi. L'idea della "competenza istituzionale relativa" dei tribunali implica l'integrazione dei relativi pesi del potere giudiziario e del potere legislativo[77]. Tale integrazione dovrebbe essere effettuata tenendo debitamente conto delle circostanze specifiche del caso concreto, piuttosto che affidarsi a un processo di bilanciamento del tutto astratto. Il livello adeguato di controllo giudiziale deve essere sempre sensibile alle circostanze non solo del particolare sistema giuridico, ma anche di ogni singolo caso[78]. Come sottolinea Sadurski, "tale calcolo non può essere effettuato in astratto"[79]. L'adeguamento del bilanciamento tra i poteri giudiziario, legislativo ed esecutivo "dipende molto più da diverse circostanze sensibili al contesto di quanto sia stato solitamente riconosciuto nel discorso pubblico e accademico"[80].

Tushnet, tuttavia, si è opposto a tale sensibilità nei confronti del caso in questione. Egli sostiene che, all'interno di un modello flessibile, "il controllo

[74]A tal fine, cfr. G.F. Mendes, *op. cit.*, p. 7. Per quanto riguarda l'idea di trovare un equilibrio tra vigilanza giudiziaria e deferenza, si veda M. Pieterse, "Coming to Terms with Judicial Enforcement of Socio-Economic Rights", in *South African Journal on Human Rights*, 20 (2004), pp. 383-417, in particolare pp. 411, 417; I.T. Winkler, C. Mahler, "Interpreting the Right to a Dignified Minimum Existence: A New Era in German Socio-Economic Rights Jurisprudence?", in *Human Rights Law Review*, 13 (2013), n. 2, pp. 388-401, in particolare p. 395.
[75]Cfr. M. Wesson, *op. cit.*, p. 228.
[76]Cfr. M.V. Tushnet, "New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights- and Democracy-Based Worries", cit., p. 814.
[77] Cfr. A v. Secretary of State for the Home Department (2004) UKHL 56, par. 29. Recuperato da http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2004/56.html , [Data di consultazione: 31/03/2026]
[78] Cfr. R. Dixon, *op. cit.*, pp. 393, 413; cfr. anche M. Pieterse, *op. cit.*, p. 417.
[79] Cfr. W. Sadurski, *op. cit.*, p. 280.
[80] *Ivi*, p. 298.

giudiziale può degenerare in un ritorno alla supremazia parlamentare o degenerare in un controllo invasivo"[81]. In netto contrasto con questa tesi, il presente articolo sostiene che i meccanismi identificati da Tushnet, sebbene sostanzialmente corretti, costituiscono il grande vantaggio, piuttosto che uno svantaggio, del modello di controllo giudiziale basato bilanciamento. Tali meccanismi garantiscono la flessibilità necessaria per raggiungere un livello appropriato di controllo giudiziale in ciascun caso.

Giudicare casi riguardanti i diritti positivi implica non solo trovare la corretta ponderazione tra principi sostanziali in competizione, come la tutela dei diritti e il mantenimento della stabilità finanziaria del bilancio statale, ma anche stabilire il corretto bilanciamento tra principi formali in collisione. Ritengo che la pretesa di correttezza avanzata da qualsiasi decisione giudiziaria comprenda sia la correttezza sostanziale, che richiede il bilanciamento di interessi, sia la correttezza formale, che comporta il bilanciamento delle competenze coinvolte[82]. La pretesa di correttezza formale può anche essere descritta, con le parole di Raz, come "la pretesa di autorità della legge"[83].

La pretesa di correttezza implica la pretesa di giustificabilità[84]. Di conseguenza, è necessario determinare la natura delle ragioni che i tribunali devono fornire per legittimare la loro autorità di controllo sugli altri poteri in un caso particolare. L'esame di queste ragioni dipende dalla comprensione della struttura del bilanciamento.

4.2. La legge del bilanciamento

Il concetto di bilanciamento deriva in maniera abbastanza evidente dalla (prima) legge del bilanciamento, che afferma: "Maggiore è il grado di insoddisfazione o di lesione di un principio, maggiore deve essere l'importanza della soddisfazione dell'altro"[85]. Inizialmente, Alexy intendeva che questa legge si applicasse al bilanciamento dei principi sostanziali. Tuttavia, si sostiene che questa legge sia ugualmente rilevante per il bilanciamento dei principi formali, vale a dire delle

[81] Cfr. M.V. Tushnet, *op. cit.*, p. 814.
[82] Per quanto riguarda la pretesa di correttezza, cfr. R. Alexy, "Law and Correctness", in *Current Legal Problems*, 51 (1998), n. 1, pp. 205-221; M. Klatt, "Robert Alexy's Philosophy of Law as System", in Id. (a cura di), *Institutionalized Reason*, cit., pp. 1-26, in particolare pp. 5-6, 12-13, 15-16.
[83] Cfr. J. Raz, "Authority, Law, and Morality", in *The Monist*, 68 (1985), n. 3, pp. 295-324, in particolare p. 295. Vedi anche J. Gardner, "How Law Claims,What Law Claims", in M. Klatt (a cura di), *Institutionalized Reason*, cit.,pp. 29-44.
[84] Cfr. R. Alexy, "Law and Correctness", cit., p. 208; Id., *The Argument from Injustice*. *A Reply to Legal Positivism*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 78; M. Klatt, "Robert Alexy's Philosophy of Law as System", cit., p. 15.
[85] Cfr. R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, p. 102. Per quanto riguarda la seconda legge del bilanciamento, relativo all'affidabilità epistemica, cfr. M. Klatt, M. Meister, *op. cit.*, pp. 11, 80-83.

competenze. Il bilanciamento delle competenze può quindi essere suddiviso in tre fasi[86]. La prima fase comporta la valutazione del grado di non soddisfazione della prima competenza. La seconda fase determina l'importanza della soddisfazione della competenza concorrente. Infine, la terza fase valuta se l'importanza della soddisfazione di quest'ultima competenza giustifichi la non-soddisfazione della prima.

In modo analogo al bilanciamento dei principi sostanziali, è possibile utilizzare una scala triadica per determinare il peso concreto di una competenza. Tale scala comprende tre livelli: "lieve", "moderato" e "grave"[87]. Di conseguenza, il peso attribuito alla competenza di una Corte costituzionale di controllare il potere legislativo può, in un caso specifico, essere classificato come lieve, moderato o grave, a seconda delle circostanze del caso stesso. Al contrario, anche la competenza del legislatore di decidere in merito alla tutela dei diritti positivi può essere classificata come lieve, moderata o grave. Sulla base dei valori attribuiti alle competenze in conflitto, la terza fase del bilanciamento stabilirà quindi una preferenza per una delle due competenze[88].

La legge del bilanciamento disciplina il quadro interno del bilanciamento di competenze. Qualsiasi decisione relativa a un conflitto di competenze che si attenga a tale quadro interno è quindi giustificata internamente[89]. Tuttavia, molto dipende dalla giustificazione della valutazione dei pesi relativi delle competenze attraverso la scala triadica. Questa forma di giustificazione esterna deve essere effettuata con riferimento alle circostanze specifiche del caso concreto. Dipende da argomenti esterni al bilanciamento stesso e concernenti il peso concreto di un'interferenza con una competenza. Per chiarire ulteriormente il concetto di giustificazione esterna, la sezione seguente esaminerà vari fattori che possono essere utilizzati per determinare il peso concreto di una competenza.

4.3. Determinazione del peso delle competenze

Il peso concreto sia del potere decisionale del legislatore sia del potere di controllo della Corte costituzionale può essere determinato sulla base di vari fattori. L'elenco dei cinque fattori che segue non intende essere esaustivo e può essere ampliato con

[86] *Ivi*, p. 10.
[87] *Ivi*, pp. 12-13, 34-36; R. Alexy, *The Weight Formula*, in J. Stelmach, B. Brozek, W. Zaluski (a cura di), *Studies in the Philosophy of Law. Frontiers of the Economic Analysis of Law*, Jagiellonian University Press, Krakau, 2007, pp. 9-27.
[88] La situazione di stallo, che si verifica negli scenari lieve/lieve, moderato/moderato e grave/grave, non verrà ulteriormente approfondita in questa sede. Cfr. M. Klatt, M. Meister, *op. cit.*, p. 58.
[89] Per quanto riguarda la differenza tra giustificazione interna ed esterna, *ivi*, p. 54; M. Klatt, J. Schmidt, "Epistemic Discretion in Constitutional Law", in *International Journal of Constitutional Law*, 10 (2012), n. 1, pp. 69-105, in particolare p. 74; R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Oxford University Press, Oxford, 1989, p. 211.

ulteriori considerazioni. Tuttavia, la discussione qui presentata dovrebbe essere sufficiente a illustrare come la procedura della giustificazione esterna può procedere. La mia tesi principale consiste nell'adeguare il livello di controllo giudiziale in base a fattori che indicano i tipi di circostanze in cui i tribunali debbano effettuare un controllo lieve, moderato o rigoroso delle decisioni legislative in materia di welfare[90].

Il primo fattore che influenza il peso attribuito alla competenza del principale organo decisionale è la "qualità della decisione" stessa. Una decisione primaria di qualità superiore giustifica un peso maggiore della competenza dell'organo decisionale e, di conseguenza, un intervento giudiziario più cauto[91]. La qualità di tale decisione primaria può essere valutata, ad esempio, esaminando la persuasività delle argomentazioni giustificative presentate. Più queste argomentazioni sono complete e convincenti, maggiore è la qualità percepita della decisione. Questo principio è presente nella giurisprudenza della Corte costituzionale sudafricana sul diritto a un alloggio adeguato, come delineato nella sezione 26 della Costituzione sudafricana. Nei casi in cui lo Stato ha richiesto ordinanze di sfratto che avrebbero potuto comportare la perdita della casa per le persone interessate, la Corte ha valutato se le autorità avessero coinvolto le persone interessate per raggiungere un'intesa reciproca[92]. Il concetto di "dialogo significativo", che richiede allo Stato l'obbligo di consultare le persone interessate dalle sue politiche, è quindi abbastanza rilevante per la qualità della decisione primaria. Quando tale obbligo è stato adempiuto, alla competenza decisionale delle autorità viene attribuito un peso sostanziale così alto che induce la Corte a evitare uno scrutinio rigoroso[93].

Al contrario, in altri casi in cui il coinvolgimento era insufficiente, l'assenza di un coinvolgimento significativo e di notevoli carenze comunicative da parte delle autorità statali hanno indotto la corte ad adottare un esame più rigoroso, cioè valutando più seriamente il peso della propria capacità di esercitare il controllo[94]. Questo approccio giudiziario è supportato da un *continuum* che va dal semplice coinvolgimento al coinvolgimento ragionevole al coinvolgimento significativo[95]. Si suggerisce che lungo questo *continuum*, la qualità della decisione primaria possa migliorare o diminuire di conseguenza. Inoltre, anche le fasi procedurali intraprese dalle autorità statali e la qualità delle informazioni raccolte sono cruciali per la qualità complessiva della decisione[96].

[90] Per un argomento analogo, cfr. M. Wesson, *op. cit.*, pp. 230, 246.
[91] È importante stabilire se vi sia una carenza nei "processi politici dai quali ci si può normalmente aspettare l'abrogazione di leggi indesiderabili",United States v. Carolene Prods. Co., 304 U.S. 144, 152 n.4 (1938).
[92] Olivia Road, 3 S.A. 208, par. 17-18 (Const. Ct. S. Afr., Feb. 19, 2008).
[93] *Ivi*, par. 25-28.
[94] Residents of Joe Slovo Community, Western Cape v. Thubelisha Homes and others, S.A.454, par. 378-379 (Const. Ct. S. Afr., June 10, 2009). Per ulteriori informazioni, cfr. Pillay, Cfr. A. Pillay, *op. cit.*, pp.742-245.
[95] *Ivi*, p. 744.
[96] Mazibuko v. City of Johannesburg, S.A. 1, par. 71 (Const. Ct. S. Afr., Oct. 8, 2009).

Inoltre, per valutare la qualità della decisione primaria, si può prendere in considerazione la professionalità dell'organo decisionale primario. Si presume che tali competenze epistemiche migliorino la qualità della decisione e, di conseguenza, il peso dell'autorità decisionale. Questa idea è ben consolidata nel contesto del federalismo statunitense[97] ed è anche ampiamente riconosciuta nella letteratura accademica[98]. Al contrario, la capacità della corte di riesaminare una decisione basata su tale competenza epistemica è di conseguenza ridotta, come riconosciuto dalla Corte costituzionale sudafricana:

> I tribunali non sono istituzionalmente attrezzati per condurre le indagini fattuali e politiche di ampia portata necessarie per determinare quali debbano essere gli standard minimi fondamentali... né per decidere come le entrate pubbliche debbano essere spese nel modo più efficace. [...] I tribunali non sono adatti a giudicare questioni in cui le ordinanze giudiziarie potrebbero avere molteplici conseguenze sociali ed economiche per la comunità. La Costituzione prevede piuttosto un ruolo limitato e mirato per i tribunali[99].

Infine, anche la qualità e l'efficacia complessive di un particolare sistema giuridico complessivamente considerato possono influenzare il modo in cui viene valutata la qualità della decisione primaria. Migliore è il funzionamento generale del sistema giuridico, maggiore è la deferenza accordata al decisore primario. Ad esempio, regole procedurali chiare e coerenza nella definizione degli obiettivi politici possono essere qui rilevanti. Al contrario, se il sistema giuridico presenta significative disfunzioni legislative o amministrative, il peso della competenza di controllo delle corti aumenta proporzionalmente. Un esempio di ciò si osserva in Colombia dopo l'adozione della Costituzione del 1991[100]. La Corte costituzionale ha adottato un approccio rigoroso al controllo di costituzionalità, modificando drasticamente il sistema di finanziamento sanitario del paese. Come ha osservato un ex giudice della Corte costituzionale, questa posizione giudiziaria attivista è stata

[97] L.E. Teitz, "Taking Multiple Bites of the Apple. A Proposal to Resolve Conflicts of Jurisdiction and Multiple Proceedings", in *International Lawyer*, 26 (1992), n. 1, pp. 21-64, in particolare. pp. 57 § 3e: "il diritto sostanziale che potrebbe essere applicabile e la relativa familiarità del tribunale competente con tale diritto".

[98] Cfr. A. Kavanagh, "Deference of Defiance? The Limits of the Judicial Role in Constitutional Adjudicating", in G. Huscroft (a cura di), *Expounding the Constitution. Essays in Constitutional Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 184-216; J.A. King, "Institutional Approaches to Judicial Restraint", in *Oxford Journal of Legal Studies*, 28 (2008), n. 3, pp. 409-441, in particolare p. 433; M. Wesson, *op. cit.*, p. 239.

[99] Minster of Health v. Treatment Action Campaign, S.A. 721, par. 37-38 (Const. Ct. S. Afr., July 5, 2002). Cfr. anche Vincent Panikurlangara v. Union of India, S.C.C. 165, 173 (S. Ct. India. March 2, 1987), che sostiene che la competenza del tribunale abbia un peso limitato quando sono in gioco questioni complesse o tecniche. Cfr. M. Khosla, *op. cit.*, p. 752.

[100] Cfr. K.G. Young, *op. cit.*, pp. 196-200.

determinata dalle carenze del Congresso: "avevamo un Congresso talmente scadente che non avevamo altra scelta che cercare di fare qualcosa"[101].

Il secondo fattore che influenza il peso relativo concreto delle competenze legislative e giudiziarie è l'"affidabilità epistemica" delle premesse argomentative a sostegno di una decisione. Maggiore è l'inaffidabilità epistemica di queste premesse, maggiore dovrebbe essere il peso attribuito alla competenza dell'istituzione che ha un potere speciale, sia per affrontare tale inaffidabilità sia per prendere una decisione nonostante essa[102].

L'inaffidabilità epistemica può riguardare sia le premesse normative che quelle empiriche su cui si fonda una decisione. Ad esempio, la Corte costituzionale federale tedesca ha stabilito che l'inaffidabilità empirica accresce il potere del legislatore, in quanto è suo primario e principale compito il prendere decisioni in situazioni caratterizzate da incertezza.

> Quando il legislatore è costituzionalmente tenuto ad adottare misure efficaci e adeguate per tutelare un interesse giuridico, esso gode di una certa discrezionalità nella valutazione e nel processo decisionale politico. La portata di tale discrezionalità dipende da vari fattori, tra cui [...] le possibilità di formarsi un'opinione sufficientemente *affidabile*, in particolare per quanto riguarda gli *sviluppi futuri*, quali le conseguenze di una norma giuridica[103].

Ciò è particolarmente rilevante in contesti caratterizzati da inaffidabilità empirico-epistemica, in cui è necessario formulare previsioni sugli sviluppi futuri, come osservato dalla Camera dei Lord del Regno Unito:

> Riconosco che si debba attribuire *grande peso* al giudizio del Ministro dell'Interno, dei suoi colleghi e del Parlamento su questa questione, poiché sono stati chiamati ad esercitare un giudizio preminentemente politico. Ciò ha comportato una *previsione fattuale* di ciò che varie persone in tutto il mondo potrebbero o non potrebbero fare […] Qualsiasi *previsione sul comportamento futuro* degli esseri umani (al contrario delle fasi lunari o dell'alta marea al London Bridge) è necessariamente problematica[104].

All'interno dell'Unione europea, la mancanza di un consenso scientifico rafforza l'autorità degli Stati membri nel prendere decisioni, rispetto alla Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE) nell'esercizio della funzione di controllo[105].

[101] Citato da D. Landau, in "Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law", *op. cit.*, p. 348.
[102] Cfr. A. Fritzsche, "Discretion, Scope of Judicial Review and Institutional Balance in European Law", in *Common Market Law Review*, 47 (2010), n. 2, pp. 361-403, in particolare. pp. 372-375.
[103] BVerfGE 88, 203, par. 188 (ted.) (corsivo nostro). Vedi anche City of Cleburne v. Cleburne Living Ctr., Inc., 473 U.S. 432, 443 (1985).
[104] A v. Secretary of State for the Home Department,(2004) UKHL 56, par. 29 (corsivo nostro).
[105] Commission v. Denmark, 2003, E.C.R. I-9693, par. 43. Cfr. P.P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 706; J. Gerards, "Pluralism, Deference and the Margin of

Viene attribuito un particolare peso alla competenza del legislatore in situazioni caratterizzate da incertezze epistemico-normative che sorgono in relazione a questioni politicamente controverse.

> Più una questione è puramente politica, più sarà appropriata una risoluzione politica e meno probabile sarà che si tratti di una questione adatta a una decisione giudiziaria. Tanto minore sarà, quindi, il ruolo potenziale delle corti È funzione degli organi politici, e non di quelli giudiziari, risolvere le questioni politiche. Al contrario, quanto maggiore è il contenuto giuridico di una questione, tanto maggiore è il ruolo potenziale delle corti, poiché, ai sensi della nostra Costituzione e fatto salvo il potere sovrano del Parlamento, è funzione delle corti, e non degli organi politici, risolvere le questioni giuridiche[106].

Rileva per questa prospettiva teorica se ci sia consenso o meno sulle premesse normative a sostegno della decisione. Maggiore è il consenso sulle questioni normative, minore dovrebbe essere la deferenza accordata alla discrezionalità legislativa e fondamentale diventa per i tribunali esercitare il controllo. Al contrario, quando una questione normativa è altamente controversa, viene attribuito maggiore peso alla competenza del legislatore, in quanto principale sede del dibattito democratico. Questo principio è chiaramente evidente nel sistema giuridico del Regno Unito, dove i giudici hanno sottolineato "le questioni di politica sociale o economica, dove le opinioni possono ragionevolmente divergere in una società democratica e dove le scelte per conto del Paese nel suo complesso sono correttamente lasciate al governo e al legislatore"[107].

Al contrario, l'autorità del legislatore di prendere decisioni in casi di presunta inaffidabilità non deve essere semplicemente utilizzata come pretesto per eludere il controllo sulla base della semplice assunzione dell'inaffidabilità. Pertanto, i tribunali hanno almeno il dovere di verificare se l'inaffidabilità esista realmente e se la decisione sia stata presa sulla base di motivi razionali e nel rispetto del giusto processo[108]. Questo principio è diventato evidente in un caso successo in Sudafrica in cui il governo ha negato a un paziente l'accesso al farmaco antiretrovirale nevirapina a causa di preoccupazioni relative alla sicurezza del farmaco. In questo caso, il tribunale ha richiesto al governo di dimostrare che tali preoccupazioni fossero supportate da prove piuttosto che essere state inventate arbitrariamente[109].

Appreciation Doctrine", in *European Law Journal*, 17 (2011), n. 1, pp. 80-120, in particolare. pp. 96-97.

[106] A v. Secretary of State for the Home Department, (2004) UKHL 56, par. 29.

[107] *Ivi*, par. 108. Cfr. anche Donoghue v. Poplar Housing & Regeneration Community Association Ltd & Anor EWCA Civ 595, par. 69.

[108] Commission v. Denmark, 2003, E.C.R. I-9693, par. 45-47; cfr. J. Gerards, *op. cit.*, pp. 96-97.

[109] Minster of Health v. Treatment Action Campaign SA S.A. 721, par. 57-67 (Const. Ct. S. Afr., July 5, 2002). Cfr. S. Fredman, *Human Rights*, cit., p. 118. Vedi anche BVerfGE 45, 187, par. 175 (ted.).

La "legittimità democratica" di una decisione figura come terzo fattore nella valutazione del significato specifico di una competenza[110]. Maggiore è la legittimità democratica attribuita a una competenza, più importante sarà questa sua competenza. La legittimità democratica esiste su uno spettro di gradi[111]. Nel Regno Unito, la legittimità democratica delle decisioni del Parlamento è alla base dell'idea di attribuire "maggiore deferenza a una legge del Parlamento piuttosto che a una decisione dell'esecutivo o ad una misura di organi subordinati"[112].

La legittimità democratica, comunque, non favorisce sempre l'autorità del legislatore rispetto a quella della Corte costituzionale. Come dimostrano Dixon e Fredman, le corti possono svolgere bene funzioni che sono democraticamente giustificate. Il controllo giudiziale può "contribuire a contrastare le carenze di inclusività e di sensibilità nel processo politico", che Dixon definisce "punti ciechi" e "fardelli dell'inerzia"[113]. Quando un tribunale svolge questo ruolo, la legittimità democratica rafforza la sua autorità di esercitare il controllo. Al contrario, la competenza del legislatore a decidere è sostenuta dalla legittimità democratica solo se il processo legislativo è libero da questi punti ciechi e da questi fardelli dell'inerzia.

È ancora una volta chiaro che il bilanciamento delle competenze dipende da circostanze specifiche, in questo caso dal funzionamento del processo legislativo maggioritario. Inoltre, questa argomentazione rende evidente che l'obiezione democratica al controllo giudiziale[114] è anche una questione di grado, con una forza persuasiva che varia a seconda delle circostanze.

Per determinare con maggiore precisione quando la competenza delle corti è sostenuta dalla legittimità democratica, si possono utilizzare i "tre valori chiave" della democrazia identificati da Fredman: responsabilità, partecipazione e uguaglianza[115]. Il modello di bilanciamento qui proposto è strettamente in linea con la sua affermazione secondo cui "il ruolo delle corti è quindi legittimo nella misura in cui esse possono adempiere un ruolo ausiliario in ciascuno di questi aspetti"[116].

[110] Cfr. A. Kavanagh, *op. cit.*, pp. 428-429. Escludendo tuttavia la legittimità democratica come fattore, cfr. J. Jowell, "Judicial deference. servility, civility or institutional capacity?", in *Public Law* (2003), pp. 592-601.

[111] Cfr. J. Rivers, "Constitutional Rights and Statutory Limitations", in M. Klatt (a cura di), *Institutionalized Reason*, cit., pp. 248-271; A.D. P.Brady, *Proportionality and Deference under the UK Human Rights Act*. *An Institutionally Sensitive Approach*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 107-113.

[112] International Transport Roth GmbH v. Secretary of State for the Home Department, 2003 Q.B. 728, 765 (CA). Cfr. J. Rivers, "Proportionality and Variable Intensity of Review", in *Cambridge Law Journal*, 65 (2006), n. 1, pp. 174-207, in particolare p. 204.

[113] Cfr. R. Dixon, *op. cit*., pp. 394, 402.

[114] Cfr. J. Waldron, *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford, 1999, pp. 165-187.

[115] Cfr. S. Fredman, *Human Rights*, cit., pp. 103-113.

[116] *Ivi*, p. 103. Cfr. anche la teoria di Ely del controllo giudiziario volto al rafforzamento della rappresentanza, in J.H.Ely, *Democracy and Distrust*. *A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, 1980, p. 103.

Un ulteriore fattore riguarda l'importanza dei "principi sostanziali" in gioco. Quanto più una decisione legislativa incide su un principio sostanziale – come un diritto umano o un bene collettivo – tanto meno peso viene attribuito alla competenza del legislatore di decidere in modo indipendente, e tanto maggiore sarà l'importanza attribuita all'autorità del giudice di riesaminare tale decisione[117]. La portata dell'interferenza giudiziale nella competenza legislativa riflette direttamente il livello di interferenza di un principio sostanziale da parte di una decisione legislativa. Quando i principi sostanziali rimangono inalterati, la competenza del legislatore è considerata di grande peso, mentre il ruolo del controllo giudiziale è di conseguenza ridotto. La Corte costituzionale federale tedesca ha riconosciuto questo principio:

> Quando il legislatore è costituzionalmente obbligato ad adottare misure efficaci e adeguate per tutelare un interesse giuridico, conserva un certo margine di discrezionalità nella valutazione e nel processo decisionale politico. La portata di tale discrezionalità dipende da vari fattori, tra cui *l'importanza degli interessi giuridici* in gioco[118].

Questa posizione è perfettamente in linea con la prospettiva della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la quale ha affermato che:

> La portata del margine di discrezionalità di cui godono le autorità nazionali dipenderà […] dalla natura del diritto in questione [...] *L'importanza di tale diritto per l'individuo deve essere presa in considerazione nel determinare la portata del margine discrezionale concesso al Governo*[119].

Rivers ha articolato questo principio come segue: "Più grave è una limitazione dei diritti, più intenso dovrebbe essere il controllo esercitato dal tribunale"[120].

[117] Cfr. A.P. Lester, D. Pannick, *Human Rights Law and Practice*, LexisNexis, London, 2004, p. 97; E. Carolan, *The New Separation of Powers*. *A Theory for the Modern State*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 106-137; G. Pavlakos, J. Pauwelyn, "Principled Monism and the Normative Conception of Coercion Under International Law", in M. D. Evans, P. Koutrakos (a cura di), *Beyond the Established Legal Orders. Policy Interconnections between the EU and the Rest of the World,* Hart Publishing, Oxford, 2011, pp. 317-341.

[118] BVerfGE 88, 203, par. 188 (ted.) (corsivo nostro). Cfr. anche BVerfGE 45, par. 175 (ted.); Skinner v. Eklahome, 316 U.S. 535, 541 (1942); United States v. Carolene Prods. Co., 304 U.S. 144, 152 n.4 (1938).

[119] Gillow v. The United Kingdom, (1986) 11 EHRR 335, par. 55 (corsivo nostro). Cfr. E. Brems, "The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights", in *Heidelberg Journal of International Law* (1996), pp. 240-314, in particolare p. 264.

[120] Cfr. J. Rivers, "Constitutional Rights and Statutory Limitations", cit., p. 252; vedi anche R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights Theory*, cit., p. 346; Id., "Thirteen Replies", in G. Pavlakos (a cura di), *Law, Rights and Discourse. Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy,* Hart Publishing, Oxford, 2007, pp. 333-366; J. Gerards, *op. cit.*, pp. 91-92, 100-101.

Questo fattore è evidente, ad esempio, nella giurisprudenza della Corte costituzionale colombiana, che applica uno standard più rigoroso di controllo giudiziale quando "l'importanza normativa" del diritto in questione è significativa[121]. Analogamente, questo approccio viene adottato quando il ricorrente è palesemente vulnerabile o quando il diritto in questione è strettamente legato a diritti fondamentali quali la vita, l'integrità fisica o la dignità[122].

Infine, secondo la Camera dei Lord, un controllo giudiziale più rigoroso è in atto, specialmente nei casi che riguardano la tutela delle minoranze contro la maggioranza democratica.

> In altre parole, il margine di discrezionalità che i tribunali riconosceranno all'esecutivo e al Parlamento quando è in gioco questo diritto è *più ristretto* di quanto sarebbe appropriato in altri contesti […] Si tratta di azioni intraprese a nome della società nel suo insieme che *incidono sui diritti e sulle libertà dell'individuo*. È qui che i tribunali possono legittimamente *intervenire* […] Si tratta di una garanzia essenziale per la tutela dei diritti e delle libertà individuali in una società democratica che rispetta il principio secondo cui le minoranze, per quanto impopolari, hanno gli stessi diritti della maggioranza[123].

Da questo punto di vista, è essenziale determinare cosa è in gioco per i diritti umani al fine di valutare il peso concreto delle competenze in conflitto. A tale scopo i criteri proposti da Wesson possono essere di qualche aiuto. Si sostiene che i tre criteri di Wesson – vale a dire la posizione svantaggiata del ricorrente nella società, l'urgenza dei suoi bisogni e l'interferenza tra il diritto positivo e altri diritti – possano essere visti come indicatori della maggiore rilevanza sostanziale di una decisione, aumentando così l'importanza della competenza di controllo delle corti[124]. In tali circostanze, un livello più rigoroso di controllo giudiziale sarebbe, presumibilmente, giustificato.

L'ultimo fattore da considerare è la "funzione specifica" svolta dalla competenza in questione all'interno di un sistema di adeguata divisione dei compiti tra corti e legislatori. L'inadempienza o la lesione di una competenza è tanto più grave, quanto più essa incide sulla funzione specifica di tale autorità. Ad esempio, il ruolo particolare delle corti nell'ascoltare i casi e nell'allestire un processo attraverso il quale gli individui possono impugnare le decisioni e vedere le proprie rivendicazioni di diritti esaminate in modo approfondito può rafforzare la

[121] Cfr. K.G. Young, *op. cit.*, p. 197, riferendosi a R.M. Nunes, *op. cit*.
[122] Cfr. M. Sepúlveda, "Columbia: The Constitutional Court's Role in Addressing Social Injustice", in M. Langford (a cura di), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 144-162. Cfr. anche M. Wesson, *op. cit.*, p. 242 s.
[123] A v. Secretary of State for the Home Department, (2004) UKHL 56, par. 108 (corsivo nostro).
[124] Cfr. M. Wesson, *op. cit.*, pp. 247-252.

competenza delle corti ad esercitare il controllo in un determinato caso[125]. Al contrario, in un contesto diverso, il peso della competenza legislativa può essere aumentata se, ad esempio, la decisione riguarda questioni relative alla difesa dello Stato[126].

È della massima importanza per l'approccio adottato in questo articolo che nessuno dei cinque fattori sopra descritti sia di per sé decisivo. Al contrario, tutti devono essere considerati per valutare accuratamente il peso delle competenze in conflitto. Poiché è necessaria una procedura di bilanciamento attenta e ben articolata, il modello qui presentato non fornisce una soluzione rapida alla questione della giustiziabilità. Al contrario, dimostra la complessità dell'argomento necessario in ordine all'applicazione del controllo giudiziale in modo equilibrato. Le corti dovrebbero impegnarsi maggiormente nel giustificare esplicitamente l'intensità del controllo da esse scelto in un dato caso. Esse sono solite giustificare le proprie decisioni fino a quando viene interessato un bilanciamento dei principi sostanziali. La maggior parte delle sentenze, comunque, manca di una spiegazione trasparente ed elaborata dell'argomento convincente alla determinazione del peso idoneo che il tribunale attribuisce alla propria competenza di controllo.

5. Analisi dei casi

Il resto di questo articolo analizzerà come la teoria qui discussa venga applicata in pratica a casi specifici. L'attenzione si concentrerà sulla giurisprudenza della Corte costituzionale federale tedesca (FCC) in merito al diritto ad un minimo vitale dignitoso. In particolare, si fa riferimento alle due sentenze più recenti sulla costituzionalità delle prestazioni in denaro ai sensi della legge sulle prestazioni per i richiedenti asilo[127] e della legislazione Hartz IV[128] , entrambe volte a garantire la sussistenza dei beneficiari.

Le due sentenze dimostrano l'approccio flessibile della FCC nell'esercizio della propria autorità di controllo sugli atti legislativi. La Corte ha applicato un livello sfumato di deferenza, relativo alla definizione del livello minimo di sussistenza, da un lato, e i metodi e le procedure utilizzate per determinarlo, dall'altro.

[125] R. Dworkin, "Political Judges and the Rule of Law", in R. Dworkin, *A Matter of Principle,* Oxford University Press, Oxford, 1985, pp. 9-32.
[126] International Transport Roth GmbH v. Secretary of the State for the Home Department [2003] Q.B. 728, 766, per Laws L.J.: "Si dovrà prestare maggiore deferenza ai poteri democratici quando la questione in esame rientra specificamente nella loro competenza costituzionale, e una minore quando essa rientra più specificamente nella competenza costituzionale delle corti".
[127] BVerfGE 132, 134. La numerazione dei paragrafi nella versione inglese della sentenza non corrisponde esattamente a quella della versione tedesca.
[128] BVerfGE 125, 175. La numerazione dei paragrafi nella versione inglese della sentenza non corrisponde esattamente a quella della versione tedesca.

Per quanto riguarda la quantificazione precisa, la Corte federale costituzionale ha mostrato una notevole deferenza. Essa ha applicato un controllo lieve, che essa stessa ha definito una "revisione dall'evidente fallimento"[129]. La Corte descrive inoltre questo livello di scrutinio come "moderato"[130] e "reticente"[131]. Di conseguenza, "la revisione sostanziale del risultato si è limitata a determinare se le prestazioni fossero *chiaramente* inadeguate"[132]. Al contrario, la Corte si è disposta ad adottare una revisione più approfondita delle procedure e dei metodi utilizzati dal legislatore per stabilire l'esatto livello degli importi di sussistenza. Essa verifica

> [...] se[...] il legislatore abbia scelto un metodo di calcolo fondamentalmente idoneo a valutare il minimo vitale; se…abbia accertato in modo approfondito e accurato i fatti necessari; e, infine, se sia rimasto entro limiti giustificabili in ogni fase del calcolo, fornendo una serie coerente di cifre in linea con il metodo scelto e i suoi principi sottostanti[133].

Desidero sottolineare che la variazione nell'intensità del controllo può essere giustificata dai principi sopra delineati. In primo luogo, la distinzione tra i due livelli di intensità del controllo mostra che il conflitto tra i poteri del legislatore e della Corte costituzionale può essere risolto in modo diverso a seconda del contesto normativo e fattuale. Nel caso in esame, per quanto riguarda l'esito del processo legislativo, la Corte costituzionale federale ha attribuito maggiore peso alla competenza del legislatore, determinando un livello di controllo relativamente lieve. Al contrario, per quanto riguarda i metodi e le procedure utilizzati, la Corte costituzionale federale ha attribuito maggiore importanza alla propria competenza, stabilendo così un livello di controllo chiaramente diverso e moderato.

In secondo luogo, considerando i fattori sopra descritti, il maggiore peso attribuito all'autorità del legislatore sull'esito di una decisione parlamentare può essere giustificato dall'inaffidabilità epistemica insita nella quantificazione precisa degli importi di sussistenza. La determinazione di tali importi richiede la raccolta e l'analisi di conoscenze specialistiche e di dati empirici relativi al costo della vita in condizioni specifiche e in momenti particolari. La Corte che esercita il controllo non dispone delle competenze necessarie, mentre il parlamento democraticamente eletto dispone di strutture burocratiche adeguate. In situazioni caratterizzate da tale incertezza, il legislatore ha la responsabilità primaria di ridurre tale inaffidabilità e di prendere decisioni nonostante le incertezze residue. Tutto ciò è esplicitamente affermato nella decisione della FCC.

[129] BVerfGE 132, 134, par. 80 (ted.).
[130] *Ivi,* par. 79.
[131] BVerfGE 125, 175, par. 141 (ingl.).
[132] *Ibidem* (corsivo nostro).
[133] *Ivi,* par. 143.

> La portata di tale diritto, per quanto riguarda i tipi di bisogni e i mezzi necessari per soddisfarli, non può essere dedotta direttamente dalla Costituzione. Dipende invece dalla percezione della società di ciò che è necessario per una vita conforme alla dignità umana, dalle circostanze specifiche della persona bisognosa di assistenza e dalle condizioni economiche e tecniche prevalenti. Pertanto, deve essere definita esplicitamente dal legislatore in conformità con questi fattori[134].

Inoltre, la FCC ha sottolineato l'importanza di effettuare valutazioni nel determinare gli importi di sussistenza, affermando che "le valutazioni qui necessarie sono di competenza del legislatore parlamentare"[135].

Le valutazioni implicano l'esistenza di incertezze normativo-epistemiche in questo caso che, in linea con il fattore dell'inaffidabilità epistemica, rafforzano la competenza del legislatore piuttosto che quella della corte.

Allo stesso tempo, il fattore dei principi sostanziali non aumenta sufficientemente il peso della competenza di controllo della Corte perché, quando la questione riguarda esclusivamente il calcolo esatto del livello di sussistenza, è sempre garantita una certa tutela del diritto sostanziale. L'esito dipende in gran parte dalle circostanze specifiche. Più basso è l'importo di sussistenza fissato dal legislatore, più il fattore dei principi sostanziali rafforza la competenza di controllo della Corte. Infine, per quanto riguarda la qualità della decisione di primo grado, questo fattore, per definizione, non può rafforzare la competenza del tribunale finché viene interessato il risultato, piuttosto che la procedura, della decisione legislativa in merito alla sussistenza del minimo vitale.

Se queste considerazioni, nel loro insieme, giustificano l'attribuzione di maggiore peso alla competenza del legislatore piuttosto che alla competenza di controllo della Corte costituzionale finché viene interessata l'esatta quantificazione del minimo vitale, ne consegue che un livello lieve di intensità di controllo – esercitato attraverso una "verifica dal fallimento evidente" – è effettivamente giustificato.

Ciò nonostante, è importante riconoscere che questa valutazione di errore manifesto non equivale a una totale assenza di controllo, come alcuni critici potrebbero suggerire. Ad esempio, la Corte costituzionale federale sottolinea che il legislatore mantiene la discrezionalità sulla scelta delle misure specifiche utilizzate per garantire il minimo vitale: "Se garantire il minimo vitale avvenga tramite prestazioni in denaro o non monetari o tramite servizi è, in linea di principio, soggetto alla discrezionalità del legislatore"[136].

[134] *Ivi,* par. 138. Vedi anche BVerfGE 132, 134 par. 66 (ingl.).
[135] BVerfGE 125, 175 par. 138 (ingl.). Vedi anche BVerfGE 132, 134 par. 67 (ingl.)
[136] BVerfGE 132, 134, par. 69 (ingl.).

Tuttavia, e questo è il punto cruciale, la discrezionalità del legislatore nella scelta dei mezzi[137] è soggetta a limitazioni, che la Corte costituzionale controlla. Tale discrezionalità non consente la regolamentazione del minimo vitale esclusivamente attraverso norme statutarie non previste dalla legge. Il legislatore deve invece garantire il minimo vitale attraverso una legge parlamentare che stabilisca un diritto specifico dei cittadini nei confronti dell'ente previdenziale competente[138]. Questa limitazione della discrezionalità nella scelta dei mezzi può essere compresa alla luce dell'importanza dei principi sostanziali in gioco, come espressamente affermato nella sentenza. Inoltre, l'importanza di questi principi sostanziali giustifica anche la limitazione del potere del legislatore nel determinare gli importi di sussistenza quando la questione riguarda l'esistenza fisica piuttosto che aspetti sociali più ampi.

> Questo margine […] presenta una portata diversa: è *più ristretto* nella misura in cui il legislatore fornisce una definizione concreta di ciò che è necessario per garantire *l'esistenza fisica* di un individuo, ma *più ampio* per quanto riguarda la natura e la portata della possibilità di partecipare alla *vita sociale*[139].

L'importanza del diritto a un minimo di sussistenza dignitosa è maggiore quando riguarda la sopravvivenza fisica del titolare del diritto piuttosto che la sua partecipazione alla vita sociale. Pertanto, il fattore dei principi sostanziali varia nel plasmare il peso del legislatore in queste due situazioni, introducendo una differenza nella portata del margine di discrezionalità. In altre parole, il ruolo di controllo della Corte costituzionale diventa più significativo quando è in gioco l'esistenza fisica dell'individuo.

Che proprio una lieve intensità di controllo di errori evidenti nel decidere un caso possa essere decisiva per l'esito del caso può essere dimostrata con l'ausilio della seconda sentenza della Corte costituzionale federale (FCC) sulle prestazioni in denaro ai sensi della legge sulle prestazioni per i richiedenti asilo. In questo caso, la FCC ha individuato un errore evidente, che ha portato alla dichiarazione di incostituzionalità delle prestazioni. Le prestazioni in denaro sono state considerate "manifestamente insufficienti" perché non erano state riviste dal 1993, nonostante i significativi aumenti dei prezzi[140]. Inoltre, rispetto alle prestazioni concesse ai sensi della legge generale sull'assistenza sociale, quelle concesse ai richiedenti asilo presentavano un notevole divario del 35%. Di conseguenza, la Corte costituzionale federale ha ordinato una misura transitoria invece di lasciare in vigore le norme

[137]Per quanto riguarda la discrezionalità nella scelta dei mezzi come forma particolare del margine di valutazione, che si applica esclusivamente ai diritti positivi, cfr. M. Klatt, "Positive Obligations under the European Convention on Human Rights", cit., pp. 715-717.
[138] BVerfGE 125, 175 par. 136 (ingl.). Vedi ancheBVerfGE 132, 134, par. 65 (ingl.).
[139] BVerfGE 125, 175, par. 138 (ingl.), (corsivo nostro).
[140] BVerfGE 132, 134 par. 83-90 (ingl.).

incostituzionali fino a quando il legislatore non avesse corretto l'errore. La decisione iniziale aveva adottato quest'ultimo approccio.

> A causa della discrezionalità del legislatore riguardo al proprio ambito d'azione, la Corte costituzionale federale non è autorizzata a determinare autonomamente un importo specifico delle prestazioni sulla base delle proprie valutazioni. Di conseguenza, le disposizioni incostituzionali rimangono in vigore fino a quando il legislatore non ne emanerà di nuove[141].

Al contrario, nel caso dell'indennità per i richiedenti asilo, la Corte costituzionale federale ha sottolineato la necessità di una disposizione transitoria a causa della "rilevanza esistenziale delle prestazioni di base"[142]. Quando la Corte emana una tale disposizione transitoria, l'ingerenza nella competenza del legislatore è più significativa rispetto a quando si limita a dichiarare una legge incostituzionale ma non nulla, concedendo al contempo al legislatore un periodo specifico per modificare la legge. Comunque, questa differenza nelle conseguenze giuridiche può essere giustificata con riferimento a principi sostanziali, come nel caso dell'indennità per i richiedenti asilo, dove il peso di questi principi era particolarmente accentuata, data la loro immediata "importanza esistenziale". Il peso fondamentale di questi principi in questo caso ha prevalso sulle considerazioni di legittimità democratica e sull'incertezza epistemica che generalmente sostengono la competenza legislativa, consentendo così alla Corte di intervenire in modo più assertivo nella competenza del legislatore.

Finora ho esaminato il livello di controllo esercitato dalla Corte costituzionale in merito alla quantificazione dell'importo di sussistenza. L'analisi che segue si concentra sulle procedure e sulle metodologie utilizzate dal legislatore per determinare tali cifre. In questo contesto, la Corte federale costituzionale applica un livello di controllo più rigoroso. Questo maggiore scrutinio è evidente nei criteri dettagliati che la Corte impone al processo legislativo. Ad esempio, la Corte costituzionale federale richiede che la determinazione parlamentare del minimo vitale sia effettuata "in modo coerente, secondo una procedura adeguata, trasparente nei contenuti e basata su bisogni reali e effettivi, misurati in modo realistico"[143]. Il legislatore ha il mandato di "rispecchiare la realtà sociale in modo adeguato ai tempi e realistico"[144]. Per adempiere a tale obbligo, il legislatore deve continuamente rivedere e adeguare l'importo del minimo vitale[145]. Inoltre, deve "rendere noti i metodi e i calcoli utilizzati […] nel processo legislativo"[146]. Nel caso delle prestazioni per i richiedenti asilo, la Corte federale costituzionale ha esercitato un

[141] BVerfGE 125, 175 par. 212 (ingl.). Cfr. K.G. Young, *op. cit.*, p. 186.
[142] BVerfGE 132, 134 par. 101 (ingl.).
[143] *Ivi*, par. 69.
[144] BVerfGE 125, 175 par. 138 (ingl.).
[145] *Ivi*, par. 140.
[146] *Ivi*, par. 144.

controllo particolarmente dettagliato ed esaustivo a tale riguardo[147]. Nel complesso, questi punti dimostrano che il livello di controllo è più elevato finché sono interessati procedure e metodologie.

Diversi fattori possono giustificare la maggiore intensità del controllo. La Corte costituzionale federale giustifica esplicitamente i criteri che stabilisce per determinare gli importi facendo riferimento al peso dei principi sostanziali coinvolti. Il legislatore deve rivedere continuamente tali importi poiché il diritto fondamentale a un minimo vitale dignitoso può essere soddisfatto solo nel momento esatto in cui sorgono i bisogni primari di un individuo[148]. Inoltre, la Corte basa il proprio ragionamento sul principio dello Stato sociale sancito dall'articolo 20.1 della Legge fondamentale[149]. È anche il peso astratto del principio sostanziale in gioco che rileva per il peso elevato della competenza di controllo della Corte costituzionale federale[150].

L'argomento che qui si adduce è che lo scrutinio più rigoroso è giustificato dall'importanza dei principi sostanziali coinvolti. Allo stesso tempo, il fattore della legittimità democratica, che rafforza la competenza del legislatore sulla quantificazione precisa, non rafforza tale competenza quando concerne procedure e metodologie. Ciò perché il principio democratico non implica che il legislatore sia autorizzato a basare le proprie decisioni su fonti empiriche inaffidabili o su metodologie incoerenti.

Inoltre, il fattore dell'inaffidabilità epistemica, giustificando un margine di discrezionalità del legislatore nel decidere l'esito, non giustifica un margine di discrezionalità equivalente per le metodologie e le procedure utilizzate. Al contrario, considerando l'incertezza epistemica sull'importo esatto necessario per garantire un minimo vitale dignitoso, i requisiti procedurali e metodologici imposti dalla Corte costituzionale al legislatore sono in effetti altamente raccomandabili.

Infine, desidero sottolineare che i due distinti livelli di controllo non sono del tutto indipendenti, ma piuttosto interconnessi. L'accettazione di un margine di discrezionalità concesso al legislatore riguardo alla quantificazione precisa dipende, in una certa misura, dal fatto che la Corte costituzionale conduca un controllo più rigoroso sulle metodologie e sulle procedure utilizzate. Questa relazione può essere spiegata attraverso il concetto di qualità della decisione primaria. Tale qualità può rafforzare l'autorità del legislatore sul risultato solo se effettivamente la decisione stessa è di alto livello. Questo standard, a sua volta, si basa sul rispetto di procedure e metodologie razionali. È probabilmente a questa connessione che la Corte costituzionale federale ha fatto riferimento quando ha affermato che "la tutela del diritto fondamentale si estende di conseguenza alla

[147] BVerfGE 132, 134 par. 90-96 (ingl.).
[148] BVerfGE 125, 175 par. 140 (ingl.). Vedi anche BVerfGE 132, 134 par. 72 (ingl.).
[149] BVerfGE 125, 175 par. 138 (ingl.).
[150] *Ivi*, par. 142 "importanza del diritto fondamentale".

procedura di accertamento del minimo vitale, *poiché* il controllo dei risultati può essere effettuato solo in misura limitata alla luce di tale diritto fondamentale"[151].

Da quanto precede discende che la competenza di controllo della Corte costituzionale ha un peso maggiore rispetto alla competenza del legislatore di decidere sulle procedure e sui metodi utilizzati per determinare gli importi del minimo vitale. Al contrario, nella misura in cui si tratta della quantificazione di tali importi, la relazione di preferenza tra le competenze in conflitto si inverte, giustificando solo un livello lieve di controllo giudiziale.

In sintesi, ho dimostrato che l'applicazione flessibile dell'intensità di controllo utilizzata dalla Corte costituzionale federale nel monitorare la determinazione degli importi di sussistenza da parte del legislatore può essere giustificata da fattori che determinano il peso delle competenze concorrenti.

6. Conclusione

La questione della giustiziabilità costituisce una delle principali obiezioni al riconoscimento dei diritti positivi. Il presente articolo sostiene che tale obiezione confonde il problema della giustificazione con quello della competenza.

Affinché il processo di bilanciamento delle competenze sia trasparente, è essenziale comprendere la terminologia e le premesse sottostanti che sono alla base delle giustificazioni dei tribunali quando esercitano un particolare livello di controllo giudiziale. La giustificazione per l'affermazione di uno specifico potere istituzionale si basa sul bilanciamento delle competenze. Questo processo comporta uno scambio reciproco di ragioni e richieste di giustificazione, presupponendo l'impegno in un discorso razionale. Tale discorso non dovrebbe limitarsi esclusivamente agli aspetti sostanziali dei diritti positivi, ma deve includere anche le dimensioni formali della giustiziabilità e della competenza di controllo. La teoria sviluppata in questo articolo mira specificamente a contribuire a questo scopo. Inoltre, sebbene la discussione sulla questione della competenza qui sia stata limitata ai diritti positivi, le conclusioni raggiunte sono rilevanti per la questione più ampia del controllo giudiziale.

David Bilchitz sostiene la mia tesi secondo cui le corti dovrebbero fornire chiare giustificazioni riguardo alla natura specifica e alla portata dei loro interventi nei casi giuridici[152]. Egli sottolinea un elemento cruciale della mia teoria: la determinazione normativa del livello appropriato di intensità di controllo non dovrebbe essere decisa in modo astratto o definitivo per un particolare sistema giuridico. Al contrario, il livello adeguato di controllo deve essere valutato caso per caso, tenendo conto delle circostanze fattuali e normative. Questo punto diventa particolarmente importante se contrapposto alle teorie che sostengono una

[151] *Ibidem* (corsivo nostro).
[152] Cfr. D. Bilchitz, *op. cit*.

risoluzione astratta e a livello di sistema. Un esempio da menzionare è la teoria di Kyritsis, secondo cui la scelta tra diversi livelli di intensità di controllo costituisce una "scelta istituzionale"[153]. Ancora più significativamente, Kyritsis considera questa scelta come una decisione astratta e a livello di sistema. Secondo la sua prospettiva, una volta che il legislatore costituzionale hanno preso una decisione politica riguardo a uno specifico sistema di controllo giudiziale, il livello di scrutinio diventa fisso e immutabile all'interno di quel sistema giuridico[154].

Come ho spiegato nel mio commento a questa proposta, a differenza di un approccio uniforme a livello di sistema, la mia teoria della concordanza pratica consente livelli di controllo variabili all'interno di un dato sistema. L'attribuzione delle competenze dipende dalle circostanze specifiche dei singoli casi o, quanto meno, di gruppi di casi. Di conseguenza, una volta che un sistema consente il controllo giurisdizionale, le corti, in linea di principio, hanno accesso all'intera gamma di livelli di controllo. Esse sono tenute a giustificare la loro scelta di un particolare grado di controllo attraverso un bilanciamento formale. Questo approccio flessibile ma giuridicamente strutturato per determinare il livello appropriato di controllo è preferibile a una soluzione a livello di sistema, poiché tiene conto in modo più efficace delle sentenze specifiche per ciascun caso[155]. Tale adattabilità allevia le preoccupazioni relative all'applicabilità della teoria in diverse tradizioni costituzionali.

Bilchitz ha sollevato alcune preoccupazioni, di cui affronterò brevemente una. La sua apprensione deriva dall'accurata osservazione che il mio quadro teorico critica i cosiddetti approcci dialogici. Chiarirò innanzitutto questo punto prima di affrontare la preoccupazione di Bilchitz. La sua osservazione sarebbe pertinente se si intendesse l'idea delle teorie dialogiche come qualcosa di radicato in pratiche informali e non giuridiche, governate semmai da paradigmi politico-strategici o di etica professionale. Tali approcci sarebbero particolarmente evidenti, ad esempio, all'interno del sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali europei, dove le corti di primo livello si sono trovate di fronte a proposte non spendibili nella pratica, avanzate da studiosi di diritto. Questi ultimi sostengono che i giudici dovrebbero interagire tra loro in modo strategicamente accorto, diplomatico, amichevole, armonioso e cooperativo[156]. Il dialogo giudiziario sarebbe caratterizzato come una pratica "volontaria" e "spontanea"[157]. Questa visione sarebbe ulteriormente sostenuta da approcci analitici quali l'"interazionismo

[153] Cfr. D. Kyritsis, *Where Our Protection Lies*. *Separation of Powers and Constitutional Review*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 107.
[154] *Ivi*, pp. 122, 150-151.
[155] Cfr. M. Klatt, "Judicial Review and Institutional Balance. Comments on Dimitrios Kyritsis", cit., p. 38.
[156] M. Klatt, *Die praktische Konkordanz von Kompetenzen*, cit., pp. 134-138.
[157] Cfr. G.Martinico, "Judging in the Multilevel Legal Order. Exploring the Techniques of 'Hidden Dialogue'", in *King's Law Journal* (2010), pp. 257-281, in particolare, p. 269 s.

simbolico"[158] e la "sociologia organizzativa"[159]. La natura politica di queste soluzioni è particolarmente evidente nel concetto introdotto da Scheek, denominato "diplomazia giudiziaria sovranazionale"[160]. L'invito alla cooperazione e al rispetto non riguarda la dimensione giuridicamente rilevante delle ragioni, ma quella extralegale e fattuale delle motivazioni. In questo contesto, respingo fermamente la nozione di dialogo così come è comunemente intesa.

A differenza degli appelli a pratiche extralegali o strategiche, la mia teoria sottolinea l'importanza di applicare principi giuridici per guidare l'attribuzione delle competenze. Ciò non significa privilegiare approcci "conflittuali" rispetto a quelli collaborativi, come suggerisce Bilchitz. Propone invece soluzioni fondate su principi normativi che chiariscono come i poteri statali possano "lavorare insieme [...] per raggiungere l'obiettivo condiviso di realizzare i diritti sanciti dalla costituzione"[161]. È importante sottolineare che questa armonia non esiste prima del bilanciamento delle competenze; essa nasce da quel processo. Ignorare la natura intrinsecamente conflittuale delle rivendicazioni divergenti di competenza nasconde le questioni fondamentali dietro una retorica vaga relativa all'armonia, alla cooperazione e ai conflitti del potere politico. Tale negligenza ostacola un'analisi chiara del conflitto e blocca lo sviluppo di soluzioni basate sul diritto.

[158] Cfr. H.S. Becker, *Outsiders: études de la Sociologie de la Déviance*, Editions Métailié, Paris, 1985.
[159] Cfr. M. Crozier, E. Friedberg, *L'actuer et le système. Les constraintes de l'action collective*, Éditions du Seuil, Paris, 1977.
[160] Cfr. L. Scheeck, "The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights", in *Heidelberg Journal of International Law*, 65 (2005), pp. 837-885, in particolare, p. 875.
[161] Cfr. D. Bilchitz, *op. cit.*