

COMPARARE DIRITTI

8

Direttore

Giovanni CORDINI
Università degli Studi di Pavia

Comitato scientifico

Gianmaria AJANI
Università di Torino

Guido ALPA †
Sapienza – Università di Roma

Domenico AMIRANTE
Università degli Studi della Campania Luigi
Vanvitelli

Giampiero DI PLINIO
Università degli Studi “Gabriele d’Annunzio”
di Chieti–Pescara

Carlo FUSARO
Università degli Studi di Firenze

Lucilla GATT
Università degli Studi Suor Orsola Benincasa

Maurilio GOBBO
Università degli Studi di Padova

Guido GUIDI
Università degli Studi di Urbino Carlo Bo

Myriam IACOMETTI
Università degli Studi di Milano

Lucio PEGORARO
Alma Mater Studiorum – Università di
Bologna

Gian Maria PICCINELLI
Università degli Studi della Campania Luigi
Vanvitelli

Lorenza VIOLINI
Università degli Studi di Milano

Jacques Philippe Emmanuel ZILLER
Università degli Studi di Pavia

Comitato redazionale

Matteo BENOZZO

Dimitri DE RADA

Damiano FUSCHI

Roberto LOUVIN

Patrizia MACCHIA

Vincenzo PEPE

Giuseppe Carlo RICCIARDI

Alessandro VENTURI

COMPARARE DIRITTI



La collana offre agli studiosi delle discipline giuridiche comparate un'opportunità per la pubblicazione e la divulgazione dei loro studi e ricerche. A proposito delle finalità della comparazione giuridica, uno dei più autorevoli comparatisti, introducendo il suo notissimo volume sui sistemi giuridici, scriveva: « I motivi d'interesse del diritto comparato possono essere brevemente raggruppati in tre ordini [...] è utile alle ricerche storiche o filosofiche concernenti il diritto [...] serve ad approfondire la conoscenza del diritto nazionale e a migliorarlo [...] contribuisce ad una migliore comprensione dei popoli stranieri e a un migliore regime del diritto internazionale » (R. David, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, quarta edizione italiana a cura di Rodolfo Sacco, pag. 3). In una nota intervista, Rodolfo Sacco osservava che « la comparazione consente di scoperchiare gli ordinamenti e vedere le cose che ci sono dentro, finora tenute nascoste perché in ognuno di questi ordinamenti hanno qualità crittotipica categorie che in altri sistemi sono note » (R. Sacco, *Che cos'è il diritto comparato*, a cura di P. Cendon, Giuffrè, Milano 1992, pag. 5 dell'intervista a cura di Antonio Gambaro). In "Comparare diritti" sono pubblicate opere di alto livello scientifico, anche in lingua straniera, per facilitarne la diffusione internazionale.

Il direttore approva le opere e le sottopone alla revisione paritaria con il sistema del “doppio cieco” (*double blind peer review*) nel rispetto dell’anonimato sia dell’autore, sia dei due revisori che sceglie: l’uno da un elenco deliberato dal comitato di direzione, l’altro dallo stesso comitato in funzione di revisore interno. I revisori rivestono o devono aver rivestito la qualifica di professore universitario di prima fascia nelle università italiane o una qualifica equivalente nelle università straniere.

Ciascun revisore formulerà una delle seguenti valutazioni:

- a) pubblicabile senza modifiche;
- b) pubblicabile previo apporto di modifiche;
- c) da rivedere in maniera sostanziale;
- d) da rigettare.

Il revisore terrà conto della:

- a) significatività del tema nell’ambito disciplinare prescelto e originalità dell’opera;
- b) rilevanza scientifica nel panorama nazionale e internazionale;
- c) attenzione adeguata alla dottrina e all’apparato critico;
- d) adeguato aggiornamento normativo e giurisprudenziale;
- e) rigore metodologico;
- f) proprietà di linguaggio e fluidità del testo;
- g) uniformità dei criteri redazionali.

Nel caso di giudizio discordante fra i due revisori, la decisione finale sarà assunta dal direttore, salvo casi particolari in cui il direttore provveda a nominare tempestivamente un terzo revisore a cui rimettere la valutazione dell’elaborato. Le schede di valutazione verranno conservate. Il termine per la valutazione non deve superare i venti giorni, decorsi i quali il direttore della collana, in assenza di osservazioni negative, ritiene approvata la proposta. Sono escluse dalla valutazione gli atti di convegno, le opere dei membri del comitato e le opere collettive di provenienza accademica. Il direttore, su sua responsabilità, può decidere di non assoggettare a revisione scritti pubblicati su invito o comunque di autori di particolare prestigio.

Classificazione Decimale Dewey

— 342.24 (23.) DIRITTO COSTITUZIONALE E AMMINISTRATIVO. UNIONE EUROPEA

Thema

— Soggetto: **LBB. Diritto internazionale pubblico**

— Qualificatori: **3MR. XXI secolo, 2000-2100**

PASQUALE GIANNITI

**IL TEST DI PROPORZIONALITÀ
TRA DIRITTI FONDAMENTALI
STRUTTURA, PATOLOGIE E RIMEDI**

Prefazione di

MARIO ESPOSITO





©

ISBN
979-12-218-2726-2

PRIMA EDIZIONE
ROMA 30 GIUGNO 2026

*Al legislatore nazionale
e ai giudici della Corte costituzionale,
perché nessun diritto diventi tiranno.*

Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri.

La tutela deve essere sempre “sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro”.

Se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diventerebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona.

— Corte costituzionale, sent. n. 85 del 9 maggio 2013.

In relazione a temi eticamente sensibili l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene "primariamente alla valutazione del legislatore", ma resta ferma la sindacabilità della stessa, al fine di verificare se sia stato realizzato un non irragionevole bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano.

— Corte costituzionale, sent. n. 162 del 10 giugno 2024.

INDICE

23 *Prefazione*
di MARIO ESPOSITO

27 *Introduzione*

PARTE I

TEORIA E METODOLOGIA DEL TEST DI PROPORZIONALITÀ NEL COSTITUZIONALISMO MULTILIVELLO

- 35 CAPITOLO I
Genesi e fondamento del test di proporzionalità
1.1. Dal modello gerarchico al paradigma del bilanciamento, 35 – 1.2. Il concetto di «limite» come consustanziale al diritto, 37 – 1.3. La tutela «sistemica» e il rifiuto dei «diritti tiranni»: la sentenza n. 85 del 2013, 37 – 1.4. Proporzionalità e ragionevolezza: distinzioni metodologiche necessarie, 38 – 1.5. Anticipazione metodologica: verso la diagnosi delle patologie del test tradizionale, 39.
- 41 CAPITOLO II
La struttura del test e i modelli comparati di bilanciamento
2.1. L'architettura quadripartita: la matrice tedesca, 41 – 2.2. La versione canadese del test: Oakes e il suo lascito, 42 – 2.3. La separazione analitica

come esigenza metodologica, 43 – 2.4. Il sistema multilivello: dall'omogeneità strutturale alla disomogeneità degli esiti, 44.

45 CAPITOLO III

Il principio di proporzionalità nell'ordinamento dell'Unione Europea

3.1. L'art. 52, par. 1, della Carta di Nizza: la positivizzazione del canone, 45 – 3.2. L'evoluzione metodologica: dalla tutela delle libertà economiche ai diritti della persona, 46 – 3.3. Il rigore del sindacato europeo: la sentenza Digital Rights Ireland e i casi Schrems, 47 – 3.4. Oltre l'unidirezionalità: i limiti strutturali del modello europeo, 48.

51 CAPITOLO IV

Il sistema CEDU e il principio del margine di apprezzamento

4.1. La clausola della «necessità in una società democratica», 51 – 4.2. Genesi e ratio del «margine di apprezzamento», 52 – 4.3. L'ampiezza variabile del margine: consenso europeo e sensibilità nazionali, 53 – 4.4. Dalla deferenza agli obblighi positivi: il versante attivo della tutela convenzionale, 54.

57 CAPITOLO V

Il modello italiano: ragionevolezza, proporzionalità e integrazione sistemica

5.1. Il fondamento implicito e la tradizione dell'approccio «de-strutturato», 57 – 5.2. La svolta strutturata: dalla sentenza n. 1 del 2014 agli approdi del 2025, 58 – 5.3. Il contenuto del test nella giurisprudenza più recente: le tre condizioni, 58.

63 CAPITOLO VI

Patologie del test tradizionale: l'unidirezionalità come asimmetria costituzionale

6.1. La struttura asimmetrica del sindacato: il «soggetto passivo» come ombra metodologica, 63 – 6.2. La gerarchia implicita e la violazione della pari dignità ontologica, 65 – 6.3. La scissione assiologica del nascituro: tra visibilità risarcitoria e invisibilità nel bilanciamento, 66.

69 CAPITOLO VII

Verso il test di proporzionalità simmetrico: il nuovo paradigma

7.1. La diagnosi e la terapia: dall'unidirezionalità alla simmetria, 69 – 7.2.

Definizione e fasi della verifica simmetrica, 70 – 7.3. Il fondamento nel personalismo relazionale integrale, 74 – 7.3.1. *La persona come fondamento pre-positivo dell'ordinamento*, 74 – 7.3.2. *L'ancoraggio costituzionale: il combinato disposto degli artt. 2 e 3 come espressione di personalismo relazionale*, 77 – 7.3.3. *La dimensione temporale: solidarietà intergenerazionale come imperativo personalista*, 80 – 7.3.4. *La derivazione metodologica: dal personalismo relazionale integrale al test simmetrico*, 81 – 7.4. Il test simmetrico come metodologia delle Parti Speciali, 83.

PARTE II

LA LIBERTÀ DI AUTODETERMINAZIONE DELLA DONNA E LA VITA NASCENTE COME FUTURA GENERAZIONE

87 CAPITOLO I

La riforma costituzionale come “fatto nuovo” e il mutato contesto demografico

1.1. La legge cost. n. 1/2022 come innovazione di sistema: dall'ambiente all'intero ordinamento, 87 – 1.2. Il contesto demografico: un “fatto normativo di sfondo”, 88 – 1.3. Una precisazione metodologica: il dato demografico come contesto (e non come premessa), 90.

93 CAPITOLO II

Il bilanciamento tradizionale in materia di IVG: la sentenza n. 27/1975 e la legge 194/1978

2.1. I principi della sent. n. 27/1975: fondamento costituzionale del bilanciamento e sua ambiguità strutturale, 93 – 2.2. La struttura della legge n. 194/1978: il bilanciamento graduato nei primi 90 giorni ed oltre, 96 – 2.3. L'erosione applicativa: dallo scrutinio effettivo alla certificazione formale, 98.

103 CAPITOLO III

Il test di proporzionalità “unidirezionale”: struttura e limiti metodologici

3.1. Conflitto unilaterale e conflitto bilaterale: una distinzione strutturale dimenticata, 103 – 3.2. Il test applicato all'IVG: struttura, diritto «principale» e interesse «limitante», 105 – 3.3. La radice dogmatica dell'asimmetria: la “personalità giuridica dimidiata” del nascituro, 107.

113 CAPITOLO IV

Il nascituro come “futura generazione”: fondamento costituzionale del test simmetrico

4.1. La portata sistemica del principio: risposta all’obiezione settoriale e grammaticale, 113 – 4.2. Il nascituro come archetipo della futura generazione: fondamento logico, temporale e biologico, 117 – 4.3. Tutela collettiva e tutela individuale: l’inseparabilità delle generazioni future dai loro componenti, 120

129 CAPITOLO V

Il genoma umano come “patrimonio dell’umanità”: il contributo del diritto internazionale

5.1. La Dichiarazione UNESCO come soft law: i tre canali di rilevanza nell’ordinamento, 129 – 5.2. Il contenuto normativo della Dichiarazione: dall’affermazione simbolica agli obblighi concreti, 131 – 5.3. La doppia valenza giuridica: presunzione di tutela e dignità autonoma del genoma, 133.

141 CAPITOLO VI

Verso un test di proporzionalità “simmetrico”: proposta metodologica

6.1. Premessa, 141 – 6.2. Articolazione del test simmetrico, 142 – 6.3. Elementi differenziali tra il test simmetrico ed il test unidirezionale, 145 – 6.4. Presupposto antropologico del test di proporzionalità simmetrico, 146 – 6.5. La scissione assiologica del nascituro: tra “visibilità” risarcitoria e “invisibilità” nel bilanciamento, 148 – 6.5.1. *Il riconoscimento del danno da morte del nascituro: il “qualcuno” visibile*, 148 – 6.5.2. *La contraddizione logica: l’art. 1 c.c. e la “personalità dimidiata”*, 149 – 6.5.3. *L’invisibilità nel test unidirezionale e il rimedio della simmetria*, 150 – 6.5.4. *Verso il superamento dell’asimmetria mediante il personalismo*, 151 – 6.6. Precedenti del test simmetrico, 152 – 6.7. Natura e portata della proposta, 153.

157 CAPITOLO VII

Applicazione del test simmetrico alla legge 194/1978

7.1. La struttura normativa degli artt. 4–6: testo e prassi a confronto, 157 – 7.2. Test nella direzione tradizionale: le limitazioni all’autodeterminazione della donna, 159 – 7.3. Test nella direzione inversa: la necessità come criterio assente, 161 – 7.3.1. *Il criterio di necessità nei primi novanta giorni: l’assenza strutturale della verifica delle alternative*, 161 – 7.3.2. *L’evidenza longitudinale*

delle Relazioni ministeriali: motivazioni prevalenti, durata dei colloqui e assenza di protocolli documentali, 162 – 7.3.3. La fase oltre i novanta giorni: la soglia della vitalità come discriminazione costituzionale assente, 164 – 7.4. Le criticità sistematiche della legge n. 194/1978 e la giurisprudenza EDU come diagnosi speciale dell'*Untermaßverbot*, 165.

171 CAPITOLO VIII

Analisi di casi concreti

8.1. Premessa metodologica: la funzione dei casi concreti nel test simmetrico, 171 – 8.2. Rebecca: l'IVG tra precarietà economica e extrema ratio, 172 – 8.3. Anna: la diagnosi prenatale infausta e le cure palliative prenatali, 173 – 8.4. Elena: violenza sessuale e prevalenza del trauma, 173 – 8.5. Chiara: la soglia della vitalità come discriminazione costituzionale, 174 – 8.6. Valutazione d'insieme, 174.

177 CAPITOLO IX

Compatibilità del test simmetrico con la giurisprudenza della Corte EDU e il margine di apprezzamento

9.1. I principi consolidati della giurisprudenza EDU in materia di interruzione volontaria di gravidanza, 177 – 9.2. Il test simmetrico come esercizio legittimo del margine di apprezzamento: risposta all'obiezione principale, 179 – 9.3. I limiti che il test simmetrico deve rispettare per la piena compatibilità convenzionale, 180 – 9.4. La differenza strutturale tra il sistema tedesco e quello italiano: dall'uniformità dei principi alla disomogeneità dell'effettività, 182 – 9.5. Il panorama comparato: dal divieto quasi assoluto di Malta alla costituzionalizzazione francese del 2024, 184 – 9.6. Conclusione: la collocazione del test simmetrico nel ventaglio degli ordinamenti europei, 186.

189 CAPITOLO X

Una prospettiva comparata

10.1. L'oscillazione metodologica statunitense: da *Roe v. Wade* al *revirement* di *Dobbs*, 189 – 10.2. La costituzionalizzazione francese del 2024: libertà garantita o diritto assoluto?, 195 – 10.3. L'esperienza spagnola: dalla tolleranza legislativa al diritto fondamentale giurisprudenziale, fino all'incompiuta costituzionalizzazione, 199 – 10.4. Il test simmetrico nel panorama comparato: bilancio e collocazione, 202.

211 CAPITOLO XI

L'inadempimento del mandato costituzionale e le sentenze additive di procedura come risposta *de iure condendo*

11.1. L'elusione cinquantennale del mandato della sent. 27/1975: le questioni di inammissibilità e il loro superamento, 211 – 11.2. Il parametro sopravvenuto: revirement o adeguamento evolutivo?, 215 – 11.3. La sentenza additiva di procedura: tecnica decisoria e contenuto minimo, 217.

231 CAPITOLO XII

Il Garante per le future generazioni: fondamento, architettura istituzionale e facoltà di sollecitare il controllo di costituzionalità

12.1. Il fondamento istituzionale del Garante: l'analogia con il Garante per la protezione dei dati personali e i limiti chiariti dalla sentenza n. 13/2019, 231 – 12.2. La funzione consultiva e preventiva: il parere motivato obbligatorio e l'accountability democratica, 233 – 12.3. La funzione impugnatoria e i vincoli strutturali dell'ordinamento italiano, 235 – 12.4. L'istituzione mediante legge ordinaria di un Garante per le future generazioni, 236 – 12.5. L'architettura istituzionale del Garante: indipendenza, composizione e strumenti, 239 – 12.6. Il Garante e la legge n. 194/1978: monitoraggio sistematico, base fattuale e legittimazione a sollevare la questione di proporzionalità simmetrica, 241 – 12.7. La connessione sistematica: Garante per le future generazioni e test simmetrico come traduzione procedurale del personalismo relazionale integrale, 245.

247 CAPITOLO XIII

Immigrazione e solidarietà universale: il nascituro straniero come futura generazione

13.1. L'obiezione immigrazionista e la sua struttura logica, 247 – 13.2. Il personalismo solidale come terza via: né natalismo etnico né immigrazionismo utilitarista, 250 – 13.3. Implicazioni per le politiche migratorie: accoglienza, sostegno simmetrico alla maternità, integrazione come solidarietà intergenerazionale, 252 – 13.4. L'analisi del rapporto immigrazione–demografia ed il test di proporzionalità simmetrico, 254.

257 CAPITOLO XIV

Possibili obiezioni

14.1. Le obiezioni di metodo e di fatto: limiti applicativi e rischi di deriva, 257 – 14.2. Le obiezioni di principio: la controversia antropologica e l'obiezione

femminista, 260 – 14.3. Valutazione sistemica delle possibili obiezioni e relative risposte, 267 – 14.4. Il rapporto tra il test simmetrico e la responsabilità dell'interprete di fronte alla dimensione tragica del diritto, 269.

273 **CAPITOLO XV**

Sintesi e acquisizioni della parte seconda

15.1. Acquisizioni raggiunte, 273 – 15.2. Questioni aperte, 276.

PARTE III

**ULTERIORI APPLICAZIONI DEL TEST DI
PROPORZIONALITÀ SIMMETRICO**

281 **CAPITOLO I**

Il test di proporzionalità simmetrico nella dialettica tra libertà di espressione e tutela della reputazione personale

1.1. Premessa metodologica: la portata generale del test simmetrico, 281 – 1.2. La struttura del conflitto tra libertà di espressione e tutela della reputazione, 284 – 1.3. La struttura asimmetrica del test tradizionale, 285 – 1.4. Il test simmetrico applicato alla libertà di espressione, 286 – 1.5. Implicazioni per il diritto della diffamazione e la libertà di stampa, 289.

293 **CAPITOLO II**

Il test di proporzionalità simmetrico nella dialettica tra libertà economica e tutela dell'ambiente

2.1. Il conflitto tra libertà economica e tutela ambientale nel quadro costituzionale rinnovato, 293 – 2.2. L'asimmetria del test tradizionale in materia ambientale, 294 – 2.3. Il test simmetrico applicato al conflitto tra libertà economica e ambiente, 296 – 2.4. La dimensione procedimentale del test simmetrico in materia ambientale, 297 – 2.5. Il bilanciamento tra libertà economica e ambiente nella giurisprudenza comparata, 299.

305 **CAPITOLO III**

Il test di proporzionalità simmetrico nella dialettica tra libertà religiosa e ordine pubblico

3.1. La struttura del conflitto tra libertà religiosa e ordine pubblico, 305 – 3.2. Il test tradizionale e la sua struttura asimmetrica, 306 – 3.3. Il test simmetrico applicato alla libertà religiosa, 307 – 3.4. La giurisprudenza comparata e i

punti di incontro con il test simmetrico, 309 – 3.5. Implicazioni sistematiche del test simmetrico per la libertà religiosa, 314.

317 **CAPITOLO IV**

Il test di proporzionalità simmetrico nella dialettica tra tutela della riservatezza e trasparenza amministrativa

4.1. La struttura del conflitto tra riservatezza e trasparenza amministrativa, 317 – 4.2. La struttura asimmetrica del test tradizionale, 319 – 4.3. Il test simmetrico applicato: riservatezza, trasparenza e controllo democratico, 320 – 4.4. La dimensione europea: GDPR, diritto all'oblio e test simmetrico, 322.

325 **CAPITOLO V**

Il test di proporzionalità simmetrico nella dialettica tra libertà personale e misure restrittive in stato di emergenza

5.1. La struttura del conflitto tra libertà fondamentali e tutela della salute pubblica, 325 – 5.2. La struttura asimmetrica del test tradizionale in materia emergenziale, 326 – 5.3. Il test simmetrico applicato alle misure emergenziali, 327.

329 **CAPITOLO VI**

Il test di proporzionalità simmetrico nella dialettica tra riservatezza delle comunicazioni e sicurezza pubblica

6.1. La struttura del conflitto: sicurezza e riservatezza come valori di pari rango costituzionale, 329 – 6.2. Il fondamento dogmatico: la struttura trilaterale nel conflitto tra sicurezza e riservatezza, 331 – 6.3. La struttura asimmetrica del test tradizionale: la sorveglianza come «area grigia» del bilanciamento, 332 – 6.4. La sorveglianza di massa come paradigma dell'asimmetria: dalla Direttiva 2006/24/CE a Digital Rights Ireland, 334 – 6.5. La giurisprudenza della Corte EDU: da Klass a Big Brother Watch, 337 – 6.6. Il quadro costituzionale italiano: l'art. 15 Cost. tra inviolabilità e riserva di giurisdizione, 339 – 6.7. Il test simmetrico applicato: la verifica nella direzione negletta, 341 – 6.8. Il riconoscimento biometrico come caso limite del test simmetrico, 342 – 6.9. Il test simmetrico e la struttura trilaterale nella sorveglianza: implicazioni *de iure condendo*, 344

347 CAPITOLO VII

Il test di proporzionalità simmetrico nella dialettica tra diritto di sciopero e continuità dei servizi pubblici essenziali

7.1. La struttura del conflitto tra diritto di sciopero e continuità dei servizi, 347 – 7.2. La struttura asimmetrica del test tradizionale in materia di sciopero, 348 – 7.3. Il test simmetrico applicato al conflitto tra sciopero e continuità del servizio, 349 – 7.4. La dimensione convenzionale europea: la giurisprudenza della Corte EDU sull'art. 11 e il test simmetrico implicito, 351 – 7.4.1. *Il fondamento convenzionale: dal divieto assoluto alla verifica di proporzionalità*, 351 – 7.4.2. *Ognevenko c. Russia: la verifica nella direzione inversa*, 352 – 7.4.3. *Il contrappunto: Association of Academics c. Islanda e la proporzionalità nella direzione inversa*, 353 – 7.4.4. *Implicazioni per l'ordinamento italiano e la legge n. 146/1990*, 354.

357 CAPITOLO VIII

Osservazioni conclusive: la portata sistematica del test simmetrico nell'ordinamento costituzionale pluralista

8.1. La verifica della generalizzabilità: dal caso di specie al canone metodologico, 357 – 8.2. La tutela della vulnerabilità strutturale come costante di sistema, 358 – 8.3. Verso una nuova trasparenza del bilanciamento, 358.

361 *Conclusioni generali*