

## *Note sulla teoria del bilanciamento di Robert Alexy\**

di Giorgio Maniaci\*\*

Rationality requires consistency  
in judgement and practice  
*Jonathan Dancy, Moral Reasons (5.4)*

### *Introduzione*

Questo saggio nasce con l'intento di difendere la teoria del bilanciamento tra principi e la teoria dell'argomentazione razionale di Robert Alexy da una possibile critica devastante, cioè quella di essere due teorie reciprocamente incompatibili.

L'analisi di alcune delle caratteristiche più importanti della teoria del bilanciamento di Alexy sarà una premessa necessaria per realizzare tali propositi, sebbene più che una premessa tale analisi costituirà la parte centrale del saggio, direi una lunga digressione per la quale l'intento iniziale offre una ottima scusa. Quanto al primo punto, non ho la minima intenzione di esaminare in dettaglio tutte le possibili relazioni di compatibilità e/o di incompatibilità tra la teoria elaborata da Alexy nel 1978 e la teoria del bilanciamento tra principi elaborata, almeno nella prima versione, nel 1985<sup>1</sup>. La possibile obiezione, e dunque la possibile incoerenza, che vorrei esaminare concerne un aspetto specifico, ma centrale, della teoria del bilanciamento tra principi di Alexy. Alexy sostiene piuttosto animatamente, e mi stupirei del contrario, che il bilanciamento tra principi è un'attività che può essere fondata o giustificata razionalmente. Che Alexy non si dilunghi molto, nella *Teoria dei diritti fondamentali*, nello spiegare in presenza di quali condizioni possiamo identificare un'argomentazione razionale è comprensibile, stante il rinvio esplicito alla teoria dell'argomentazione razionale elaborata in precedenza<sup>2</sup>. In tal senso l'autore, non soltanto presuppone che non vi sia alcuna incoerenza tra l'insieme delle regole che rendono un'argomentazione razionale e le assunzioni concettuali che caratterizzano la teoria del bilanciamento tra principi ma, ritiene che il bilanciamento possa, e debba, essere giustificato alla luce

---

\* Questo saggio è una versione rielaborata di un paper presentato il 29/5/01, all'interno di un ciclo di seminari organizzati dal Dipartimento di Filosofia del Diritto dell'Università Pompeu Fabra di Barcellona, di prossima pubblicazione, sul n° 17 di "Isonomia" (2002), col titolo *Notas sobre la coherencia y la ponderación en la teoría de Robert Alexy* (traduzione in castigliano di José Lluís Martí). Il soggiorno, presso l'Università Pompeu Fabra di Barcellona, durante il quale il paper è stato scritto, è stato finanziato da una borsa short-term mobility del CNR. Ringrazio ancora tutti i partecipanti a quel seminario per le osservazioni effettuate e, in particolare, i suggerimenti di Jordi Ferrer, David Martínez, José Juan Moreso, Josep Maria Vilajosana.

\*\* LLM, European Academy of Legal Theory, Bruxelles. Dottore di ricerca in "Filosofia analitica e teoria generale del diritto", XIV ciclo, Università di Milano.

<sup>1</sup> Si tratta di R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1998, trad. it. di Massimo la Torre (*Theorie der juristischen argumentation. Die theorie des rationalen diskurses als theorie der juristischen begründung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1978); e R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, trad. castil. di Ernesto Garzón Valdés (*Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1986 (I ed. 1985))

<sup>2</sup> Vedi R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pag. 165-167.

delle regole da lui elaborate.

Secondo Alexy una tesi normativa  $p$  è razionalmente giustificata se e solo se è il risultato di una procedura argomentativa razionale, una procedura, cioè, le cui regole devono essere adempiute perché  $p$  possa dirsi razionalmente avanzata. Possiamo dire, in tal senso, che le regole di carattere procedurale elaborate da Alexy sono espressione di una razionalità discorsiva, tale in quanto va al di là, inglobandola, della mera razionalità logica. E' altrettanto pacifico che una delle regole più importanti della procedura argomentativa razionale sia il c.d. principio di universalizzabilità<sup>3</sup>.

In tal senso sosterrò due tesi diverse e parzialmente indipendenti l'una dall'altra.

Il principio di universalizzabilità, se inteso nella sua versione formale, può essere interpretato in, almeno, due modi differenti, uno debole ed uno forte. In entrambe le concezioni esso è, comunque, espressione di una razionalità che possiamo chiamare sussuntiva. Se chi attribuisce ad un'azione  $x$  (esempio abortire) il predicato ingiusto deve attribuire lo stesso predicato ad ogni altra azione  $x^1$  (esempio commettere infanticidio) che condivide le medesime caratteristiche rilevanti di  $x$ , allora individuare le caratteristiche rilevanti che rendono uguali le azioni  $x$  e  $x^1$  altro non è che stabilire le condizioni in presenza delle quali un caso generico, ad esempio  $x$ , o un caso concreto qualificato come  $x$ , può essere sussunto all'interno di un concetto più generale  $z$  (omicidio). L'interpretazione, debole o forte, del principio di universalizzabilità dipende appunto da quale concezione della razionalità sussuntiva si accetti, se, cioè, si condivide l'idea che tale operazione di sussunzione dei casi concreti all'interno di casi generici possa, o debba, qualificarsi come definitiva, id est non rivedibile, ovvero come un'operazione sempre suscettibile di revisione. Coloro che sostengono un'interpretazione forte della razionalità sussuntiva, ritengono che non ha senso parlare di sussunzione di un caso generico all'interno di un altro caso generico, o di un caso particolare all'interno di un caso generico, se tale sussunzione è sempre fallibile e interpretano il principio di universalizzabilità, inteso sempre in senso formale, nel senso che determinare quali circostanze (in presenza delle quali viene operata la sussunzione) siano rilevanti può, almeno in condizioni epistemiche ideali, avere un carattere definitivo<sup>4</sup>. Coloro, invece, che sostengono un'interpretazione debole della razionalità sussuntiva ritengono che l'operazione di sussunzione non può che essere, almeno a certe condizioni, rivedibile, perché l'individuazione di tutte le proprietà rilevanti dipende da alcune assunzioni teoriche ed empiriche che sono necessariamente fallibili.

La prima tesi che sosterrò, dunque, è che l'unica interpretazione del principio di universalizzabilità e, a fortiori, della procedura discorsiva razionale à la Alexy che sia coerente con alcune assunzioni concettuali proprie della sua teoria del bilanciamento tra principi è quella che fa propria un'interpretazione debole della razionalità sussuntiva, e, a fortiori, del principio di universalizzabilità. In tal senso sosterrò che una razionalità discorsiva può tranquillamente fare a meno di una razionalità sussuntiva intesa in senso forte. Detto in altri termini nel modello à la Alexy del bilanciamento le regole condizionali che stabiliscono la precedenza di un principio sull'altro non possono che

<sup>3</sup> Lo stesso Alexy sottolinea come l'applicazione di tale regola riguardi la coerenza del parlante. Vedi R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, cit., pag. 150.

<sup>4</sup> Per la difesa di tale posizione, espressa in relazione all'individuazione delle proprietà rilevanti nella ponderazione di principi in conflitto, vedi J. J. Moreso, *Conflitti tra principi costituzionali*, di prossima pubblicazione su "Ragion Pratica" 18/2002, pag. 16-17. Moreso, comunque, non esclude che l'incommensurabilità tra i valori possa costituire un'eccezione alla possibilità di costruire un sistema di gerarchie tra principi che offra una soluzione per ogni caso.

essere defettibili<sup>5</sup>, in quanto la rivedibilità delle regole che stabiliscono tale priorità può dipendere dal venir meno di alcune assunzioni teoriche ed empiriche implicite nella determinazione delle proprietà rilevanti.

La seconda tesi che sosterrò è che nella *Teoria dei diritti fondamentali* Alexy, sebbene in modo non sempre sufficientemente chiaro, elabora un modello del bilanciamento tra principi secondo il quale le regole che determinano la precedenza di un principio sull'altro non soltanto sono defettibili, vista l'impossibilità di determinare tutte le proprietà rilevanti, ma sono, e devono sempre interpretarsi, come regole che impongono una relazione di precedenza 'relativa' soltanto ad alcuni tra i casi (generici) in relazione ai quali i due principi possono confliggere, relazione di precedenza che non è necessariamente valida per altri casi. In termini *guastiniani* la regola che determina la precedenza di un principio sull'altro sarebbe una 'gerarchia assiologica mobile'<sup>6</sup>. L'idea di fondo che Alexy rifiuta è che sia, non solo possibile ma anche, opportuno elaborare un ordine gerarchico tra principi in competizione che dia una risposta per ogni caso concreto in relazione al quale tali principi possono confliggere, idea che tutela un valore - quello della certezza del diritto - che è un valore importante, ma non l'unico che vale la pena di realizzare. Accanto al valore della certezza vi sono altri valori, di carattere pragmatico, relativi all'*efficienza* della prestazione giuridica (in questo caso giudiziale), che meritano di essere considerati e la cui realizzazione porta ad mitigare la realizzazione dell'ideale della completezza.

L'iter argomentativo che seguirò sarà, dunque, il seguente. Dapprima analizzerò la teoria del bilanciamento di Alexy al fine di comprendere quali sono le sue caratteristiche rilevanti, in seguito, assunto che il principio di universalizzabilità è una delle regole della procedura discorsiva razionale, mostrerò quale concezione di tale principio è compatibile con la teoria del bilanciamento di Alexy e perché.

30Nc "lgqtk "f gr'dkæpelco gpvq" f k'Crqz{ "

Vi sono differenti tipi di teorie del bilanciamento.

Si possono distinguere, senza pretesa di completezza e riservandomi di definire più in là alcune qualificazioni, teorie à la Guastini, particolariste in senso debole e scettiche<sup>7</sup>, teorie à la Alexy, procedurali - in quanto il bilanciamento è un'attività che può, e deve, essere giustificata razionalmente - e particolariste, sempre in senso debole, teorie à la Moreso<sup>8</sup> procedurali e non particolariste ecc...<sup>9</sup> La teoria di Alexy, dunque, è solo una tra le tante possibili. Sarebbe interessante, ma non è il momento né il luogo

<sup>5</sup> Volendo utilizzare le categorie elaborate da Carlos Alchourrón possiamo dire che una regola è defettibile o 'prima facie' quando il suo antecedente non è condizione sufficiente del conseguente. Per una discussione più ampia sul concetto di defettibilità vedi più avanti il § 1.

<sup>6</sup> Vedi R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998, pag. 302-304 e Idem, *Principi del diritto e discrezionalità giudiziale*, "Diritto Pubblico", 3, 1998, pag. 651-659.

<sup>7</sup> Per la teoria del bilanciamento di Guastini vedi, oltre le opere citate alla nota 6, l'eccellente ricostruzione fatta da J. J. Moreso, in *Conflitti tra principi costituzionali*, cit., pag. 2 e ssgg. La teoria del bilanciamento di Guastini può essere definita come una teoria pragmatica e particolarista in senso debole non importa se la intendiamo come una teoria descrittiva o come una teoria normativa dell'argomentazione, basata su principi, elaborata dai giudici, in particolare dalle Corti Costituzionali, mentre può essere definita come una teoria scettica solo a patto di qualificarla come una teoria normativa dell'attività giudiziale.

<sup>8</sup> J. J. Moreso, *Conflitti tra principi costituzionali*, cit., soprattutto pag. 14 e ssgg.

<sup>9</sup> Vedi lo schema alla fine del § 5 dove distingo analiticamente differenti tipologie di (teorie del) bilanciamento.

per, esaminare in dettaglio altre teorie del bilanciamento, ad esempio quella di Guastini o quella di Moreso, e i loro rapporti con la teoria di Alexy. In questo lavoro mi limiterò, invece, ad analizzare la teoria del bilanciamento tra principi di Robert Alexy, che definirò come un caso paradigmatico di una teoria procedurale, moderatamente particolarista e pragmatica, lasciando sullo sfondo le altre teorie. Premetto, prima di analizzare in dettaglio la teoria di Alexy, che, sebbene l'autore tedesco elabori il suo modello con riferimento al bilanciamento tra principi costituzionali, esso è senza bisogno di mutamenti rilevanti, applicabile al bilanciamento tra *tutti* i principi del diritto, categoria che comprende, oltre i principi costituzionali, anche i principi soggiacenti (o impliciti in) un insieme di regole giuridiche appartenenti ad un settore dell'ordinamento o al sistema giuridico nel suo complesso.

Secondo Alexy esiste un criterio preciso che consente di distinguere due differenti tipologie di norme, le regole e i principi.

I principi sono norme che ordinano che qualcosa sia realizzato nella misura del possibile, sono mandati di ottimizzazione, cioè norme che possono essere adempiute in misura maggiore o minore a seconda del peso che l'interprete attribuisce loro rispetto ad un principio concorrente. Le regole sono, invece, norme che possono essere adempiute o non adempiute. *Tertium non datur*. La differenza tra le due tipologie risulta manifesta nel differente modo di risolvere i conflitti tra regole e tra principi.

Un conflitto tra regole può essere risolto, secondo Alexy, o introducendo una clausola di eccezione ad una delle due regole ovvero dichiarando invalida una delle due. Il riferimento, implicito, è ai criteri di risoluzione di conflitti tra norme accettati dalle corti e dai giuristi in tutti gli Stati Costituzionali occidentali, cioè il criterio cronologico, quello gerarchico e quello di specialità, criterio, quest'ultimo, che consente di introdurre un'eccezione non prevista ad una norma valida.

Le antinomie tra principi si risolvono, invece, tramite il criterio della ponderazione o del bilanciamento. Quando due principi offrono due soluzioni normative confliggenti per la risoluzione del medesimo caso concreto allora uno dei due principi deve cedere di fronte all'altro, deve essere sacrificato. Questo non vuol dire che esso deve essere dichiarato invalido ovvero che un principio introduca una clausola di eccezione all'altro. Vuol dire, semplicemente, introdurre una 'relazione di precedenza' o una 'gerarchia assiologica', tra due principi che può essere sia condizionata che incondizionata. Una relazione di precedenza incondizionata è una gerarchia assoluta o in astratto. Se un giudice stabilisce che il principio che tutela la libertà di informazione prevale, in assoluto, sul principio che tutela il diritto all'onore ciò significa che non hai nessun caso di conflitto tra i due principi dove il principio che tutela il diritto all'onore prevale di fronte al principio che tutela la libertà di informazione.

Una relazione di precedenza condizionata consiste nell'indicare le condizioni in presenza delle quali un principio prevale sull'altro. Se in relazione ad un caso C - l'ipotesi del conducente di un'automobile che ha assunto psicofarmaci poco prima di mettersi alla guida - il giudice Parker stabilisce che il principio A, che tutela l'integrità fisica delle persone, entra in contrasto e prevale sul principio B, che tutela la libertà di circolazione, allora diremo che in presenza delle circostanze fattuali C, secondo il giudice Parker, il principio A prevale sul principio B, o meglio che la conseguenza giuridica R che risulta da A si applica quando si verifica la condizione C. Detto in altri termini le condizioni in presenza delle quali un principio precede l'altro costituiscono il presupposto di fatto di una regola che esprime la conseguenza giuridica del principio prevalente, ad esempio "Se C allora R".

Dunque Alexy è piuttosto chiaro nel sostenere che la legge di collisione che determina la prevalenza di un principio sull'altro è una regola. Da questo punto di vista è proprio la concezione che Alexy elabora delle regole che ci fa comprendere quale teoria del bilanciamento egli prediliga. Secondo Alexy le regole, a differenza dei principi che sono norme 'prima facie', hanno *in genere* un carattere definitivo, cioè costituiscono, generalmente, ragioni perentorie di azione. Cosa vuol dire *in genere*?

Vuol dire che è perfettamente compatibile con il modello delle regole elaborato dall'autore tedesco che esse perdano il loro carattere definitivo e che siano interpretate come ragioni 'prima facie'. In tal senso non soltanto sarebbe possibile introdurre un'eccezione implicita all'interno di una regola ma "en contra de que lo piensa Dworkin las cláusulas de excepción introducibles en las reglas sobre la base de principios ni siquiera son teóricamente enumerables"<sup>10</sup>.

Premetto, sebbene non costituisca interesse centrale di questo saggio, che tali affermazioni di Alexy sul carattere defettibile o 'prima facie' delle regole fanno immediatamente sorgere una domanda: se, cioè, il modello regole/principi delineato da Alexy sia effettivamente coerente. L'affermazione secondo la quale è possibile interpretare una regola come una ragione non perentoria di azione ovvero come un condizionale defettibile è compatibile con l'affermazione secondo la quale sarebbe possibile distinguere nettamente le regole dai principi?

In realtà più che incoerente il modello regole/ principi à la Alexy da luogo a esiti controintuitivi. Alexy sostiene, in breve, che non abbiamo alcun criterio indipendente che possa distinguere una regola da un principio al di fuori del criterio di risoluzione dei conflitti tra i due tipi di norme. In altri termini se due norme vengono in conflitto la scelta di quale metodo utilizzare per la risoluzione dell'antinomia non dipende dal fatto che si tratti di regole o principi piuttosto è la loro qualificazione come regole o come principi che dipende da come l'interprete risolve il conflitto tra le due norme.

"El punto decisivo es que existen dos tipos categorialmente diferentes de contradicciones de normas en sentido amplio. En uno de ellos, de lo que se trata es de la pertenencia al ordinamiento jurídico, es decir, del la validez...En el marco de la cuestión de la validez se trata siempre de saber qué debe ser colocado dentro o fuera l'ordinamiento jurídico...

El otro tipo de contradicción de normas en sentido amplio se da dentro del ordinamiento jurídico. Las contradicciones de normas en sentido amplio que tienen lugar dentro del ordinamiento jurídico son siempre colisiones de principios..."<sup>11</sup>.

Ciò che emerge dal modello delle regole à la Alexy è che quando si presenta all'interprete un'antinomia tra norme del tipo totale-totale o del tipo totale-parziale, allora siamo in presenza di un conflitto tra regole, perché in entrambi i casi almeno una delle due alternative è l'eliminazione di una delle due norme in competizione, cioè si tratta di un problema di validità. Se, invece, l'interprete si trova a risolvere un'antinomia parziale-parziale, che non possa essere risolta sulla base dei tradizionali criteri, il cronologico, il gerarchico e, ovviamente, trattandosi di un'antinomia parziale-parziale, quello di specialità, allora si tratta di un conflitto tra principi, perché qualunque decisione l'interprete assumerà entrambe le norme rimarranno dentro l'ordinamento, trattandosi di una decisione attinente alla dimensione del 'peso'.

L'esito curioso e controintuitivo è che sulla base del modello à la Alexy dovremmo qualificare *conflitto tra regole* l'antinomia tra il principio che rende lecita

<sup>10</sup> R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pag. 100.

<sup>11</sup> R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pag. 105.

una discriminazione normativa sulla base della razza e il principio che invece la proibisce, visto che negli Stati Costituzionali contemporanei il primo principio può dirsi 'invalido', nel senso di non appartenente agli ordinamenti considerati<sup>12</sup>.

Torniamo al bilanciamento tra principi.

Secondo Alexy, dunque, la regola che stabilisce la priorità di un principio sull'altro ha due caratteristiche: è una regola 'prima facie' nel senso può perdere il suo carattere definitivo, in quanto è possibile introdurre delle eccezioni il cui numero non è predeterminabile a priori ed è una relazione di precedenza 'relativa' soltanto ad alcune delle circostanze in relazione alle quali i due principi possono confliggere, perché in presenza di circostanze differenti la gerarchia tra i principi può essere invertita. Il fatto che Alexy attribuisca alle regole risultato del bilanciamento tali proprietà è interpretabile nel senso della condivisione da parte dell'autore tedesco di due tesi piuttosto differenti.

Tralasciando, per il momento, di analizzare le implicazioni della seconda tesi, in virtù della quale il bilanciamento è sempre 'relativo' soltanto ad alcuni casi in relazione ai quali i due principi possono confliggere, analizzerò la prima tesi, secondo la quale la legge di collisione che gerarchizza i principi è una regola 'prima facie', nel senso che il suo antecedente, volendo utilizzare le categorie elaborate da Carlos Alchourrón<sup>13</sup>, non è condizione sufficiente del conseguente, piuttosto possiamo interpretare la legge di collisione nel senso che l'antecedente, unitamente ad un insieme di condizioni implicite, è condizione sufficiente del conseguente, anche se (non tutte ma) alcune delle condizioni presupposte non possono *mai* essere del tutto esplicitate. Chiamerò tale tesi 'particularista in senso debole', per distinguerla da forme più radicali di particolarismo che ampliano le tipologie di condizioni, implicite nell'antecedente, che non possono essere del tutto esplicitate. Per comprendere esattamente cosa debba intendersi per particolarismo in senso debole discuterò, brevemente, il concetto e le possibili concezioni di particolarismo morale.

40'Dtgxg"gzewtuwu"uwrleqpegvq"i k'r ctveqretkuo q"

Non è facile individuare un nocciolo condiviso da tutte le teorie che, a vario titolo, possono definirsi come particolariste. Se volessimo identificare un'assunzione concettuale condivisa, a grandi linee, da tutte le teorie particolariste potremmo citare l'icastica definizione di Dancy, secondo il quale "the leading thought behind particularism is the thought that a behaviour of a reason in a new case cannot be

<sup>12</sup> Di tale esito controintuitivo Alexy è, del resto, perfettamente consapevole. Vedi R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pag. 105.

<sup>13</sup> C. E. Alchourrón si è occupato di defettibilità più volte. Vedi, tra i tanti, C. E. Alchourrón *Para una lógica de las razones prima facie*, "Análisis Filosófico" XVI (1996) n°2 e *Law and Logic* in "Ratio Juris", 9 (1996) e *Detachment and Defeasibility in Deontic Logic*, "Studia Logica", 57, 1996. In merito all'esistenza nel linguaggio dei teorici e giuristi di differenti modelli (o sensi) di 'defettibilità' e sulle relazioni complesse, che non posso in questa sede esaminare, tra la nozione di 'defettibilità' e quelle di indeterminazione, interpretazione e integrazione del diritto vedi J. Rodríguez e G. Súcar, *Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho* in P. Comanducci e R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 1998. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1999; J. C. Bayón, *Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico*, "Isonomía", n. 13, 2000; P. E. Navarro e J. Rodríguez, *Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas*, "Isonomía", n. 13, 2000.

predicted from its behaviour elsewhere”<sup>14</sup>.

In altri termini il fatto che in passato una certa circostanza (ad esempio togliere la vita intenzionalmente) è stata considerata come una ragione per imputare una conseguenza (condanna all'ergastolo) *non implica* che la medesima circostanza sarà, o debba essere, in futuro considerata rilevante né che la medesima circostanza non possa essere considerata una ragione per imputare la conseguenza opposta (assoluzione). Tale sfiducia, più o meno radicale, nella possibilità che le ragioni considerate moralmente rilevanti nel passato possano, o debbano, vincolare le decisioni presenti può assumere forme più o meno radicali.

In particolare vi sono diverse concezioni che possiamo denominare particolariste, nella misura in cui il particolarismo può essere difeso sulla base di argomenti differenti<sup>15</sup>. Io distinguerò due concezioni particolariste, una forte ed una debole, senza identificare, tuttavia, quali autori possano condividere una concezione particolarista in senso forte, almeno così come io la definirò. Vorrei, in altri termini, sulla scia di altri teorici e filosofi del diritto<sup>16</sup>, provare se, e in che misura, sia possibile delineare coerentemente una posizione particolarista forte indipendentemente da strategie argomentative che incorporano una qualche teoria dei dilemmi morali o dell'incommensurabilità dei valori, problema di cui non posso in questa sede occuparmi. Va da sé che, nella mia ricostruzione, entrambe le concezioni condividono, ma interpretano in modo differente, l'affermazione di Dancy secondo la quale il fatto che una ragione sia stata considerata in passato come una condizione sufficiente per imputare una determinata conseguenza *non implica* che allo stesso modo essa sarà considerata in futuro.

L'assunzione concettuale condivisa dal particolarismo in senso forte è piuttosto semplice e, al contempo, disarmante. Il fatto che in passato Carlo abbia considerato una certa circostanza (ad esempio togliere la vita intenzionalmente) rilevante ovvero che l'abbia considerata come una ragione per imputare una conseguenza (condanna all'ergastolo) *non ha alcun valore*, ovvero non vincola in alcun modo Carlo, nelle decisioni future. E ciò in quanto la valutazione operata da Carlo in passato non gli impone di *tenere conto* della medesima circostanza per la risoluzione di tutti i casi futuri analoghi né, soprattutto, implica che Carlo abbia l'obbligo di giustificare perché la medesima circostanza (ad esempio togliere la vita intenzionalmente) non sia stata considerata rilevante al fine di imputare una conseguenza giuridica determinata (condanna all'ergastolo) in casi 'prima facie' analoghi ai precedenti. In altri termini, secondo il particolarista in senso forte, l'aver considerato in passato una ragione condizione sufficiente per imputare una conseguenza giuridica o morale non soltanto non comporta alcun vincolo sussuntivo, ma neppure alcun vincolo argomentativo.

Tale tesi, a sua volta, può essere difesa, o interpretata, in due modi differenti. In un primo senso, a me del tutto inintelligibile, il particolarismo negherebbe la tesi

<sup>14</sup> Vedi J. Dancy, *Moral Reasons*, Blackwell, 1993, pag. 60.

<sup>15</sup> Per un'ampia panoramica sui differenti argomenti che è possibile avanzare in favore del particolarismo vedi J. Dancy, *Moral Reasons*, cit., pag. 86 e ssgg. In particolare non mi occuperò del modo in cui Winch, e poi Wiggins, hanno criticato il principio di universalizzabilità elaborato da Hare né delle conseguenze, potenzialmente devastanti, che l'accettazione della tesi secondo la quale i valori sono parzialmente incommensurabili avrebbe sul medesimo principio.

<sup>16</sup> Vedi in tal senso C. Redondo, *Reglas 'genuinas' y positivismo jurídico*, in P. Comanducci e R. Guastini (a cura di), "Analisi e diritto 1998. Ricerche di giurisprudenza analitica", Giappichelli, Torino, 1999 e J. Raz, "The Truth in Particularism", in *Engaging Reason*, Oxford University Press, 1999 (già pubbl. in B. Hooker and M. Little (ed by), *Moral Particularism*, Oxford University Press, 1999), pag. 235 e ssgg.

secondo la quale invocare una ragione in favore di un'azione individuale implica, necessariamente, invocare una ragione in favore di una classe più generale che include quel caso particolare, classe generale di azioni cui si ricollega una qualche conseguenza morale o giuridica<sup>17</sup>. Il particolarista negherebbe il *carattere generale* delle ragioni giustificative, ritenendo che sia possibile offrire ragioni, giustificazioni o semplicemente argomenti in favore della risoluzione di un qualsiasi caso, che siano in qualche senso *particolari*. Ammesso che questa tesi sia (mai stata) sostenuta da qualcuno non so che significato possa avere. Il fatto che il linguaggio morale e giuridico faccia riferimento a circostanze, proprietà, situazioni implica una capacità e una necessità di astrazione complementare all'idea di generalità o universalità.

Se ho una ragione morale per far visita a mia madre che ha l'influenza tale ragione può essere certamente essere considerata 'prima facie', perché superabile in presenza di altre circostanze, come il fatto che mia figlia abbia subito un grave incidente e si trova in ospedale. Ciò non vuol dire che tale ragione non abbia la pretesa di valere indipendentemente dalla presenza di alcune circostanze contingenti - il fatto, ad esempio, che mia madre dorma su un cuscino rosso - che, ferme restando le attuali conoscenze scientifiche, nessuno considererebbe rilevanti al fine di stabilire se io abbia l'obbligo morale di far visita a mia madre che sta male. Invocare una ragione *particolare*, che abbia la pretesa di valere soltanto per un caso concreto, cioè un caso delimitato da coordinate spazio-temporali definite, è un puro nonsenso.

La seconda interpretazione possibile di una concezione particolarista in senso forte - nonché l'unico modo per rendere, a mio avviso, *intelligibile* tale posizione metaetica - sembra essere che l'insieme delle ragioni che orientano la decisione morale, per parafrasare un noto assunto analitico, non sono, in tutto o in gran parte, riducibili al linguaggio. In altri termini il particolarismo condividerebbe un'immagine intuizionista<sup>18</sup> della deliberazione morale. "Ciò che l'immagine suggerisce è, in estrema sintesi, l'idea di una decisione guidata (non da regole o principi astratti, dotati di precise condizioni di applicazione e ordinati secondo una gerarchia predeterminata, ma) dalla virtù della ragionevolezza (*phronesis*): da una capacità, *almeno in parte di carattere intuitivo*, di individuare una linea di condotta che risponda in modo adeguato alle peculiarità del caso in esame"<sup>19</sup>.

Il processo che conduce il soggetto alla decisione avrebbe un carattere, almeno

<sup>17</sup> Vedi F. Schauer, *Giving Reasons*, "Stanford Law Review", April 1995. N. D. MacCormick, sulla stessa linea, dice: "Non riesco assolutamente a capire, per quanto mi sforzi, come possa esistere una buona ragione per decidere un singolo caso che non sia una buona ragione generica per decidere tutti i casi dello stesso tipo particolare...". Vedi N. D. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978; trad. e introduzione di A. Schiavello, a cura di V. Villa, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 2001, pag. 119. Che questa non sia l'interpretazione che Dancy dà del particolarismo è sottolineato in modo chiaro anche da J. Raz in *Engaging Reason*, cit., pag. 235. "Reasons, however, are general according to Dancy. They are features of situations which can be instantiated on a indefinite number of occasions".

<sup>18</sup> Se, come sottolinea Celano, "il richiamo all'intuizione, indipendentemente dall'apparato più o meno gratuito di una facoltà intuitiva, della 'autoevidenza' di certi giudizi, ecc...consiste nella chiusura dello spazio argomentativo: nell'affermazione che di certe cose non si può chiedere dimostrazione", se cioè - aggiungerei - di certe decisioni non si possono domandare o pretendere le ragioni soggiacenti, allora non vedo qualificazione migliore per tale concezione della deliberazione morale che quella di 'intuizionista'. Vedi B. Celano, *Giustificazione di norme e procedure ideali*, in P. Comanducci e R. Guastini (a cura di), "Analisi e diritto 1992. Ricerche di giurisprudenza analitica", Giappichelli, Torino, 1992, pag. 73, nt. 91.

<sup>19</sup> B. Celano, *Giustizia procedurale pura e teorie del diritto*, manoscritto inedito, pag. 4 (secondo corsivo mio).

parzialmente, intuitivo, opaco, refrattario all'autocomprensione ed alla comunicazione. Soltanto uno iato (gap), una frattura non interamente ricomponibile tra il contesto, psicologico, della decisione e il contesto della giustificazione può fondare la tesi secondo la quale le ragioni offerte per la soluzione del caso D possono non aver *alcun valore*, neppure di carattere argomentativo, per la soluzione di un caso futuro 'prima facie' analogo. Non è tanto il fatto, dunque, che le ragioni offerte in favore della soluzione di un caso concreto non siano generali quanto piuttosto che la conoscenza delle ragioni medesime, come sottolinea Raz con un felice ossimoro, eccederebbe la nostra capacità di articularle o di esplicitarle mediante l'argomentazione<sup>20</sup>.

Secondo il particolarista in senso forte non soltanto non possiamo determinare, a priori, *tutte* le circostanze che in futuro saranno considerate condizioni sufficienti per l'imputazione di una qualche conseguenza morale o giuridica, il che spiegherebbe perché le ragioni offerte siano sempre defettibili, ma non possiamo neppure illuminare nella loro interezza le ragioni morali che, intuitivamente, ci hanno indotto, ieri, e ci inducono, oggi, ad una certa decisione. Corollario di ciò sarebbe che non possiamo spiegare *quale nuova* circostanza rilevante e, soprattutto sulla base di quali ragioni morali, ci induce, oggi, a ritenere che un caso attuale non deve, a rigore, essere deciso nel medesimo modo che un altro caso 'prima facie' analogo. Come l'interpretazione precedente della tesi particolarista in senso forte, secondo la quale le ragioni offerte in favore di una decisione sono ragioni particolari prive di una pretesa di generalità, anche tale interpretazione di carattere intuizionista conduce a risultati non condivisibili.

Fin qui ho cercato di delineare i tratti salienti di una tesi che ho denominato particolarista in senso forte. Anche i sostenitori del 'soft particularism' condividono il nocciolo di verità di tutte le concezioni particolariste, la tesi, cioè, in base alla quale il fatto che in passato Tizio abbia considerato una certa circostanza come una ragione per imputare una conseguenza *non implica* che la medesima circostanza sarà considerata condizione *sufficiente* per il prodursi della medesima conseguenza morale o giuridica. L'asserita impossibilità di applicare la regola del *modus ponens* e quella del rinforzo dell'antecedente implica il rifiuto di una razionalità sussuntiva intesa in senso forte, perché non possiamo a priori stabilire se un caso concreto ricada nel campo di applicazione della regola che costituisce il risultato del bilanciamento tra principi oppure no.

E, tuttavia, il rifiuto di una concezione forte della razionalità sussuntiva viene giustificato sulla base di argomenti differenti da quelli del 'hard particularism'. In particolare i sostenitori di una concezione particolarista in senso debole rifiutano sia l'idea che le ragioni di carattere morale avanzate al fine di risolvere un caso sia in qualche senso 'particolari' e non generali, nonché la tesi che le ragioni morali siano, in tutto o in gran parte, non esplicitabili mediante l'argomentazione. Ciò, come vedremo, implica, da parte del 'soft particularism', l'accettazione di una concezione debole della razionalità sussuntiva. Per comprendere per quali ragioni secondo il particolarismo in senso debole l'insieme delle proprietà rilevanti non può essere interamente determinato a priori torniamo alla teoria di Alexy.

<sup>20</sup> Per tale caratterizzazione vedi J. Raz, *The Truth in Particularism*, cit., pag. 245-246.

50Ng"tci kqpkf grlr ctveqretkuo q"f gdqrg"qxxgtq"wwg"rg"r tqr tlgvã"ej g"pqp"  
r quulco q"gur nekctg"c"r tktkg"r gtej ê"

Abbiamo delineato, brevemente, due possibili concezioni particolariste. Ora quanto sostengo è che la teoria del bilanciamento di Alexy è una teoria del bilanciamento qualificabile come particolarista in senso debole. Innanzitutto la teoria del bilanciamento di Alexy non può interpretarsi come una teoria particolarista in senso forte, e non solo perché Alexy rifiuterebbe i presupposti metaetici di carattere intuizionista del particolarismo in senso forte ma anche, perché solo una teoria particolarista in senso debole è compatibile con una teoria secondo la quale il bilanciamento è un'attività razionalmente giustificabile.

Dunque, secondo Alexy, la legge di collisione che gerarchizza i principi è sempre defettibile nel senso che abbiamo già visto. Il suo antecedente non è mai condizione sufficiente del conseguente, piuttosto possiamo interpretare la legge di collisione nel senso che l'antecedente, unitamente ad un insieme di condizioni implicite, è condizione sufficiente del conseguente, anche se alcune condizioni presupposte non possono mai essere del tutto esplicitate.

Tale affermazione solleva due interrogativi cui bisogna dare risposta:

a) il primo, che abbiamo lasciato insoluto a proposito del particolarismo debole, è per quali ragioni non possiamo individuare tutte le condizioni implicite nell'antecedente

b) il secondo è che se la teoria di Alexy rigetta una concezione forte della razionalità sussuntiva - perché qualunque sussunzione di un caso concreto all'interno di questo o quel principio è sempre rivedibile - quale concezione della razionalità sussuntiva, e, a fortiori, del principio di universalizzabilità è condivisa dall'autore?

Quanto al primo interrogativo Alexy non spiega perché non possiamo individuare tutte le condizioni implicite nell'antecedente della regola che stabilisce la priorità tra due principi in competizione. Per comprendere la tesi centrale del particolarismo debole è opportuno distinguere due differenti tipologie di condizioni che restano implicite nell'antecedente e che, se esplicitate, sarebbero condizione sufficiente del conseguente:

a) le ragioni di carattere valutativo che possono invertire in futuro la gerarchia tra principi

b) le condizioni teoriche ed empiriche che quelle ragioni presupponevano.

Prendiamo a titolo d'esempio due principi in conflitto in relazione ad un caso concreto. Diciamo che il principio che tutela la libertà di circolazione prevale sul principio che tutela l'integrità fisica delle persone nel caso in cui il sig. Humbert decida di fare una passeggiata in autostrada con la sua Ferrari alla velocità di 150 km/h - il limite stabilito. Il caso è interessante in quanto l'autostrada si trova vicino ad un villaggio turistico e in quanto tale corsa in automobile, a quella velocità, crea il rischio reale - come effettivamente di tanto in tanto accade - che qualcuno che abbia incautamente attraversato sia investito: ad esempio un bambino a caccia del suo pallone.

Una regola che stabilisce una gerarchia tra questi due principi potrebbe essere:

*'È lecito guidare in automobile in autostrada (1) anche qualora questa sia costruita a pochi metri da una spiaggia o da un centro abitato, (2) purché non si superi la velocità stabilita di 150 km/h'*

Vi sono molte ragioni che possono considerarsi per lo più implicite nel giudizio precedente. Se, poniamo il caso, Humbert ha assunto sostanze stupefacenti prima di

mettersi alla guida della sua Ferrari allora la presenza di tale circostanza può essere considerata rilevante perché idonea a rivedere la regola che stabilisce la precedenza di un principio sull'altro. Tale regola diventerebbe:

*‘È lecito guidare in automobile in autostrada (1) anche qualora questa sia costruita a pochi metri da una spiaggia o da un centro abitato, (2) purché non si superi la velocità stabilita di 150 km/h e (3) a condizione che il conducente non abbia assunto sostanze in grado di alterare la sua capacità di controllo del veicolo’*

Quando Alexy parla di eccezioni non enumerabili e di casi non prevedibili non si riferisce al tipo di ragioni di carattere valutativo che possono qualificare una proprietà come condizione sufficiente per il prodursi di una certa conseguenza, come la ragione morale che considera rilevante il fatto di aver assunto stupefacenti prima di guidare un veicolo. Il tipo di condizioni implicite che non possono essere totalmente esplicitate sono le condizioni di carattere teorico ed empirico che non possiamo determinare a priori.

Ma cosa dobbiamo intendere per assunzioni di carattere teorico ed empirico implicite nella regola risultato del bilanciamento?

Il fatto che vi siano alcune circostanze moralmente e giuridicamente rilevanti nella determinazione di una gerarchia assiologica tra il principio che tutela l'integrità fisica e il principio che tutela la libertà di circolazione dipende dalle nostre, attuali, assunzioni teoriche ed empiriche. Il fatto che lo stato psico-fisico del guidatore o gli eventi atmosferici siano considerati stati di fatto *rilevanti* e che tali non siano considerati l'età o il sesso delle altre persone diverse dal conducente presenti nell'automobile dipende, ad esempio, dalla credenza secondo la quale l'assunzione di droghe *può* alterare la capacità del conducente di controllare il veicolo, mentre la presenza in un'automobile in viaggio di un bambino, anziché di una bambina, non ha questa proprietà. Se non avessimo questa credenza non avrebbe senso considerare l'assunzione di droghe come una circostanza rilevante nel bilanciamento tra il principio che tutela l'integrità fisica e il principio che tutela la libertà di circolazione.

Che tali assunzioni teoriche ed empiriche rimangano per lo più implicite nell'individuazione di una regola di precedenza tra due principi è ovvio. Altrettanto ovvio, tuttavia, è che tali assunzioni teoriche ed empiriche possono mutare o essere, parzialmente, falsificate e che la loro falsificazione è idonea a creare un'eccezione prima non considerata.

Consideriamo un immaginario caso concreto.

Poniamo che al giudice Parker, in qualità di semplice consigliere morale, venga richiesto un parere. Il signor Humbert il 3/3/1973, alle ore 16.30, deve decidere se prendere l'automobile per andare a Cefalù, un paese non distante da Palermo, con la sua Fiat 500, per fare un picnic in campagna insieme alla moglie e alla figlia Chiara. Deve o non deve il signor Humbert prendere l'automobile per andare a Cefalù?

Diciamo che i principi che vengono in considerazione al fine di prendere questa decisione sono i due che già conosciamo: il principio che tutela la libertà di circolazione e il principio che tutela l'integrità fisica delle persone. Diciamo, ancora, che le circostanze di cui bisogna, ragionevolmente, tenere conto al fine di bilanciare tali principi sono fondamentalmente tre. Il tempo atmosferico, lo stato psico-fisico del conducente - il signor Humbert - e lo stato dell'automobile.

Secondo la ponderata decisione del giudice Parker il principio che tutela la libertà di circolazione dovrebbe prevalere sul principio che tutela l'integrità fisica una volta che

abbiamo accertato che, il 3/3/1973 alle ore 16.30, il signor Humbert è in un buono stato di salute, che il tempo è accettabile e che l'automobile è in buone condizioni. Se tali condizioni sono rispettate non c'è, dunque, alcuna ragione per cui il signor Humbert dovrebbe restare a casa anziché fare un picnic in campagna. Il principio che tutela la libertà di circolazione dovrebbe prevalere, date le condizioni specifiche del caso, sul principio che tutela l'integrità fisica delle persone. Ciò indipendentemente dal fatto che, disgraziatamente, in seguito ad un inspiegabile, e non spiegato, colpo di sonno, l'automobile abbia sbandato e il signor Humbert sia morto insieme alla sua famiglia ed altre persone coinvolte nell'incidente.

Poniamo che nel 2030 alcuni ricercatori americani scoprono che bambine in età compresa tra 11 e 14 anni con un QUI superiore a 170 possono, in caso di stress psichico, emanare onde cerebrali che causano una forte ed improvvisa emicrania ad altri esseri umani presenti nel raggio di 2 m. Confrontando i dati relativi agli incidenti stradali accaduti negli Stati Uniti e in Europa dal 1970 al 2025 gli stessi ricercatori scoprono che una quantità statisticamente irrilevante, ma tuttavia interessante, di tali incidenti è attribuibile a questo fenomeno. Tra di essi l'incidente del signor Humbert.

Come l'assunzione di alcolici, di altre droghe o di farmaci particolari anche la presenza nel raggio di 2 m di bambine in età compresa tra 11 e 14 anni con un QUI superiore a 170 e che siano, o possano prevedibilmente diventare, psichicamente stressate diventa una circostanza rilevante al fine determinare le condizioni in presenza delle quali il principio che tutela la libertà di circolazione debba prevalere sul principio che tutela l'integrità fisica delle persone.

Se teniamo conto di questa nuova proprietà rilevante prima sconosciuta allora potremmo scoprire che la gerarchia assiologica instaurata in relazione al caso concreto del signor Humbert non è più valida e va superata, in quanto è sopraggiunta una nuova circostanza idonea a rivedere la regola instaurata. Se dovessimo tenere conto della nuova proprietà la regola, sempre 'prima facie', individuata dal giudice Parker diventerebbe:

*'È lecito guidare in l'automobile in autostrada se lo stato psico-fisico del conducente è normale, se il tempo atmosferico è accettabile, se l'automobile è in buone condizioni e quando non vi sono nel raggio di 2 m bambine in età compresa tra 11 e 14 anni con un QUI superiore a 170 che siano o possano, prevedibilmente, diventare psichicamente stressate'*

L'esempio da me utilizzato mostra chiaramente in che modo la falsificazione di una condizione empirica, presupposta nell'individuazione di una gerarchia assiologica tra due principi, possa rendere defettibile la gerarchia medesima.

Ora quanto sostengo è che, a differenza della nuova proprietà rilevante da me inventata, non tutte le proprietà che in futuro saranno considerate rilevanti sono da noi, al momento, identificabili. Come sottolineano con la consueta chiarezza Carlos E. Alchourrón e Eugenio Bulygin "para saber qué hechos son relevantes es indispensable saber quale son todos los hechos. Se sigue de ahí que el conocimiento fáctico necesario para el conocimiento de la verdad deontica es un ideal praticamente irrealizable Es empiricamente imposible para un aente conocer todos los hechos pasados y prever todas la contingencias futuras"<sup>21</sup> .

<sup>21</sup> C. E. Alchourrón ed E. Bulygin, *Verdad deontica y valores*, in C. E. Alchourrón ed E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

E con tale affermazione non si vuole, a mio avviso, sostenere l'ovvietà che nessun essere umano ha risorse temporali ed economiche sufficienti per compiere questa impresa, bensì che neppure in condizioni epistemiche ideali sarebbe possibile individuare quali delle nostre attuali conoscenze empiriche saranno falsificate e da quali credenze saranno sostituite. Quanto voglio sostenere, in altri termini, è non soltanto che nessuna comunità storica di esseri umani potrebbe, in condizioni temporali ed economiche ottimali, immaginare quali teorie esplicative dei fenomeni naturali saranno accettate dagli scienziati tra cento o mille anni ma che neppure un essere umano onnisciente - condizione ideale empiricamente non realizzabile - che possedesse, cioè, tutta la conoscenza presente e passata, potrebbe farlo<sup>22</sup>.

La conclusione, dunque, cui sono giunto è che le condizioni implicite nell'antecedente della regola che stabilisce la priorità tra principi in conflitto che non possiamo totalmente esplicitare sono le condizioni di carattere teorico ed empirico che, in futuro, sostituiranno le credenze attuali. Al contrario né Alexy né i sostenitori del particolarismo debole hanno alcuna ragione per sostenere che, nemmeno in condizioni epistemiche ottimali o ideali, un agente o una comunità non possa individuare tutte le ragioni valutative che dipendono logicamente dalle nostre attuali cognizioni teoriche ed empiriche e che siano rilevanti per determinare una gerarchia tra principi in conflitto, tesi questa che potrebbe essere difesa solo da un particolarista in senso forte.

In conclusione l'affermazione di Alexy secondo la quale la regola che stabilisce la priorità di un principio sull'altro è una regola 'prima facie' in quanto è possibile introdurre delle eccezioni il cui numero non è predeterminabile a priori è espressione di una tesi particolarista in senso debole, secondo cui è impossibile costruire una regola di precedenza tra due principi in conflitto che individui tutte le proprietà che siano condizione sufficiente del prevalere di un principio sull'altro. Tale tesi non implica, invece, che non sia possibile, dato un insieme di credenze teoriche ed empiriche di sfondo, costruire regole risultato del bilanciamento tra due principi in conflitto indefettibili o 'all things considered', cioè che tengano conto (all'interno di una cornice teorica ben precisa) di tutte le proprietà che siano condizione sufficiente del prevalere di un principio sull'altro. Anzi possiamo dire che questa è l'unica tesi coerente con altre affermazioni di Alexy secondo il quale le leggi di collisione tra principi sono "reglas que, cuando se dan las condiciones disponen la consecuencia jurídica del principio que goza de preferencia"<sup>23</sup>, affermazioni che implicano la possibilità di applicare una razionalità sussuntiva.

Ho sostenuto che, secondo Alexy, la regola risultato del bilanciamento tra principi impone una relazione di precedenza *relativa* soltanto ad alcuni tra i casi (generici) in relazione ai quali due principi possono confliggere, perché in presenza di circostanze differenti la gerarchia tra i principi può essere invertita. Tale affermazione di Alexy è espressione di una tesi diversa, che va attentamente considerata, perché non ha nulla a che vedere col particolarismo forte o debole.

<sup>22</sup> La possibilità di distinguere tra condizioni temporali ed economiche *ottimali* - empiricamente realizzabili - e condizioni *ideali* - empiricamente non realizzabili - mi è stata suggerita da David Martinez. Inutile dire che quanto dico nel testo si limita a lambire una questione - quella relativa alla definizione delle c.d. 'condizioni epistemiche ideali' - che meriterebbe ben altri approfondimenti.

<sup>23</sup> R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pag. 159.

60Ng"tci kqpkf gr'r tci o cvuo q"qxxgtq"wwwg"ng"r tqr tlgvã"f k'ewk'pqp"f qddkco q"  
vgpgtg"eqpvq"g"r gtej ê"

Secondo la definizione di Alchourrón una regola o una ragione si considera 'prima facie' o defettibile quando il suo antecedente non è condizione sufficiente del conseguente, nel senso che l'antecedente, unitamente ad un insieme di condizioni implicite, è condizione sufficiente del conseguente. Abbiamo visto che vi sono alcune condizioni di carattere teorico ed empirico che non possiamo interamente esplicitare. E tuttavia la maggior parte delle ragioni che individuano proprietà rilevanti in relazione al conflitto tra principi in competizione - che sono le ragioni di carattere valutativo che dipendono dalle attuali credenze teoriche ed empiriche - sono determinabili a priori, cioè prima che si presenti un caso concreto che istanzi quella proprietà.

Abbiamo visto che sulla base delle nostre, attuali, assunzioni teoriche ed empiriche vi sono alcune circostanze moralmente e giuridicamente rilevanti nella determinazione di una gerarchia assiologica tra il principio che tutela l'integrità fisica e il principio che tutela la libertà di circolazione. Ad esempio sono stati di fatto rilevanti lo stato psico-fisico del guidatore, gli eventi atmosferici, le condizioni del veicolo. Non sono considerate circostanze rilevanti l'età o il sesso delle altre persone diverse dal conducente presenti nell'automobile. Questo vuol dire che la regola secondo la quale:

*'È lecito guidare in automobile in autostrada (1) anche qualora questa sia costruita vicino ad un centro abitato, (2) purché non si superi la velocità stabilita di 150 km/h e (3) a condizione che il conducente non abbia assunto sostanze in grado di alterare la sua capacità di controllo del veicolo'*

è una regola, risultato del bilanciamento tra i principi in competizione, 'prima facie', in quanto non tiene conto di tutte le proprietà che, date le nostre attuali conoscenze teoriche ed empiriche, sono condizioni, non solo disgiuntamente necessarie ma, *congiuntamente sufficienti*, del prevalere del principio che tutela la libertà di circolazione sul principio che tutela l'integrità fisica. Come emergerà più chiaramente nel prossimo paragrafo perché il bilanciamento tra principi relativamente ad un caso concreto sia razionalmente giustificato è necessario, invece, che il giudice tenga conto di tutte le proprietà che, date le assunzioni teoriche ed empiriche di sfondo, siano condizioni, non solo disgiuntamente necessarie ma, *congiuntamente sufficienti* del prevalere di un principio sull'altro. Questo, tuttavia, non vuol dire che il giudice debba individuare tutte le proprietà che siano condizioni *disgiuntamente sufficienti* del prodursi della conseguenza giuridica determinata.

Per comprendere per quale ragione, secondo Alexy, il giudice non debba individuare tutte le proprietà che siano condizioni, non necessarie ma, *disgiuntamente sufficienti* del prevalere di un principio sull'altro possiamo distinguere tre tipologie di (teorie del) bilanciamento:

- a) un bilanciamento 'ad hoc'
- b) un bilanciamento categoriale o definitorio
- c) un bilanciamento ragionevolmente definitorio o categoriale in senso debole

a) Per bilanciamento 'ad hoc' intendo la legge di collisione, elaborata da un giudice o un giurista, tra due principi costituzionali (ovvero tra due principi impliciti in

un settore giuridico dell'ordinamento) in competizione che abbia due caratteristiche. Tale gerarchia (tra i due principi in competizione) è costruita solo al fine di risolvere uno specifico caso concreto, facendo esclusivo riferimento ad un insieme di proprietà rilevanti - che individuano un caso generico - che denotino il caso da decidere, anziché fare riferimento a *tutte* le circostanze in presenza delle quali tali principi possono confliggere in futuro. In secondo luogo il bilanciamento così effettuato non viene 'razionalmente giustificato' ovvero non soddisfa, in modo sufficiente, le regole di un'argomentazione razionale.

Tale definizione piuttosto vaga di bilanciamento 'ad hoc' individua quello che possiamo chiamare il 'concetto', il nocciolo comune di significato, di questa tipologia di bilanciamento, concetto che può essere interpretato in modi differenti. La ridefinizione da me accolta offre un'interpretazione particolare del bilanciamento ad hoc, che tende ad esplicitare alcuni passaggi argomentativi che il giudice o l'interprete potrebbe, o dovrebbe, elaborare nell'individuare una gerarchia assiologica tra i due principi in competizione.<sup>24</sup>

Nel caso del bilanciamento 'ad hoc' il giudice individua un universo di proprietà rilevanti (che siano, date le assunzioni teoriche ed empiriche condivise dalla comunità del discorso cui l'interprete appartiene, conosciute o ragionevolmente conoscibili) non necessariamente esaustivo di tutti i casi di antinomie tra i due principi considerati, cioè non necessariamente idoneo a coprire tutti i casi di conflitto tra principi. Tali proprietà sono logicamente indipendenti l'una dall'altra e aventi un certo grado di indeterminazione. Ora al fine di risolvere un determinato caso concreto Z è necessario che il giudice individui almeno una proprietà, tra quelle individuate, che denoti il caso Z e che sia condizione sufficiente del prevalere di un principio sull'altro, e ancora almeno una proprietà, empiricamente verificabile, che sia a sua volta condizione sufficiente del darsi della proprietà indeterminata individuata.

Prendiamo il caso concreto, chiamiamolo Z, di un bambino che abbia attraversato un'autostrada costruita a pochi passi da un villaggio turistico. Il bambino viene investito da un'automobile che non superava il limite consentito di 150 km/h e il cui conducente era ubriaco. Supponiamo ancora che nel sistema giuridico X si tratta di un settore normativo non disciplinato. Il giudice individua, in prima battuta, un insieme di circostanze in presenza delle quali un principio prevale sull'altro:

*'È lecito guidare in automobile in autostrada (1) anche qualora questa sia costruita a pochi metri da un centro abitato, (2) purché non si superi la velocità di 150 km/h, (3) purché lo stato psico-fisico del conducente sia normale e (4) l'automobile in buone condizioni'*

Perché si tratta di un insieme di proprietà rilevanti non necessariamente esaustivo dei casi di antinomie tra i principi in conflitto? Tali proprietà non esauriscono l'ambito delle circostanze in presenza delle quali, date le assunzioni teoriche ed empiriche

<sup>24</sup> Le due ridefinizioni da me proposte di bilanciamento 'ad hoc' e 'definitorio' sono, infatti, rielaborazioni critiche, cioè definizioni esplicative, di due tecniche di bilanciamento molto note e utilizzate dalla giurisprudenza costituzionale e dalla dottrina costituzionalistica americana. Si tratta di rielaborazioni critiche per due ragioni: non soltanto coincidono solo parzialmente con il modo in cui i costituzionalisti americani intendono le due categorie, ma le mie definizioni cercano di superare alcune ambiguità e incoerenze sottese nel modo in cui i teorici americani costruiscono la distinzione stessa. Vedi R. Bin, *Diritti e argomenti*, Milano, Giuffrè, 1992, pag. 64 e ssgg., soprattutto nt. 160 (e la letteratura ivi citata) e T. A. Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, "Yale Law Journal", Vol. 96, n° 5, 1987.

condivise nella sua comunità, i due principi considerati possono confliggere. Il giudice ha inserito proprietà come 'la normalità dello stato psico-fisico del conducente' o 'le buone condizioni del veicolo', ma non ha considerato, ad esempio, 'l'essere il tempo atmosferico pessimo' o 'il manto stradale in cattive condizioni'. Altrettanto evidente è che tali proprietà possiedono un certo grado di indeterminatezza, perché se è vero che l'assenza di uno stato psico-fisico normale è condizione sufficiente del prevalere del principio che tutela l'integrità fisica su quello che tutela la libertà di circolazione la formula è talmente vaga che in realtà dobbiamo precisare cosa si intende per 'stato psico-fisico normale'.

Il passo successivo del 'bilanciamento ad hoc' consiste nell'individuare almeno una proprietà, tra quelle indeterminate individuate, che denoti il caso concreto e che sia giudicata dal giudice o dall'interprete, almeno in prima battuta, condizione sufficiente del prevalere di un principio sull'altro.

Ad esempio il giudice potrebbe ritenere che condizione sufficiente perché il principio che tutela la libertà di circolazione sia sacrificato dinanzi al principio che tutela l'integrità fisica è che il conducente non abbia 'uno stato psico-fisico normale'. Se nel caso concreto Z il conducente non aveva effettivamente uno stato psico-fisico normale, perché era completamente ubriaco, sembra non sia necessario, al fine di risolvere il caso Z, individuare tutte le (altre) proprietà disgiuntamente sufficienti perché il principio che tutela l'integrità fisica prevalga sul principio che tutela la libertà di circolazione. Ad esempio 'l'essere il tempo atmosferico pessimo' o 'il manto stradale in cattive condizioni'. L'ultimo passo consiste nell'individuare almeno una proprietà, empiricamente verificabile, che sia condizione sufficiente del darsi della proprietà indeterminata, ad esempio 'l'assenza di uno stato psico-fisico normale'.

Non è necessario, infatti, individuare altre proprietà, empiricamente verificabili, che siano condizione sufficiente del darsi della proprietà individuata, siano esse logicamente indipendenti o dipendenti da quella.

L'assunzione di sostanze stupefacenti (alcol, cocaina, ecc...), l'assunzione di psicofarmaci sono proprietà logicamente indipendenti perché non vi è nessuna relazione concettuale tra l'una e l'altra proprietà. Possiamo pensare, in altri termini, un caso che possieda entrambe le proprietà ovvero che possieda soltanto una di esse. L'una non implica l'altra né la esclude. Al contrario la presenza nel caso concreto Z di una proprietà come 'assenza di sostanze stupefacenti nel sangue del conducente' esclude la presenza della proprietà 'presenza nel sangue del conducente del quantitativo x di alcol'. In tal senso l'una è logicamente dipendente dall'altra.

Ora abbiamo visto che una volta accertato che nel caso concreto Z il conducente non aveva effettivamente uno stato psico-fisico normale, perché era ubriaco, non è necessario, al fine di risolvere il caso, individuare altre proprietà, empiricamente verificabili, che siano condizione sufficiente per il prodursi di 'uno stato psico-fisico anormale', cioè la proprietà rilevante indeterminata, e che siano logicamente indipendenti. Ad esempio il giudice non deve accertare se il conducente soffre o meno di epilessia. Allo stesso modo il giudice non deve stabilire con esattezza quale quantitativo di alcol sia sufficiente perché si produca la conseguenza di uno 'stato psico-fisico anormale', perché la proprietà di avere nel sangue una dose tollerabile di alcol è dipendente logicamente, ed esclusa, dalla presenza della proprietà di 'essere completamente ubriaco', condizione sufficiente perché si abbia uno 'stato psico-fisico anormale'.

In ultima analisi la regola individuata dal giudice, risultato di un bilanciamento ad

hoc, al fine di risolvere il caso Z sarà:

*‘Non è lecito guidare in autostrada quando si ha uno stato psico-fisico anormale, e condizione sufficiente perché si abbia uno stato psico-fisico anormale è che il conducente sia completamente ubriaco’*

Ho sostenuto che nel ‘bilanciamento ad hoc’ il giudice o l’interprete individua almeno una proprietà, tra quelle indeterminate individuate, che denoti il caso concreto e che sia da questi giudicata, almeno in prima battuta, condizione sufficiente del prevalere di un principio sull’altro. Cosa vuol dire *in prima battuta*? Vuol dire che l’individuazione della proprietà considerata condizione sufficiente ha carattere intuitivo, cioè non è razionalmente giustificata, non essendo parte di un’argomentazione razionale, attraverso la quale il giudice o l’interprete valuta se le ragioni che giustificano l’attribuzione di un determinato valore a quella proprietà si fondano su premesse empiriche vere o ritenute, dalla comunità scientifica di riferimento, razionalmente giustificate, sono ragioni coerenti tra loro, non sono ambigue, ecc...

b) Per bilanciamento definitorio o categoriale si intende, invece, la legge di collisione, elaborata da un giudice o da un giurista, tra due principi costituzionali (ovvero tra due principi impliciti in un settore giuridico dell’ordinamento) in competizione, qualora il suddetto interprete costruisce la regola che determina la precedenza di un principio sull’altro facendo riferimento a *tutte le circostanze* in presenza delle quali un principio prevale sull’altro (s’intende tutte le proprietà che, date le assunzioni teoriche ed empiriche condivise dalla comunità del discorso, siano conosciute o ragionevolmente conoscibili).

Nel caso di un bilanciamento definitorio il giudice non si limita ad individuare almeno una proprietà, empiricamente verificabile, che sia da lui considerata, anche intuitivamente, condizione sufficiente del prevalere di un principio sull’altro, ma individua tutte le proprietà, empiricamente verificabili, che siano condizioni disgiuntamente sufficienti (date s’intende l’insieme di assunzioni teoriche ed empiriche di sfondo) del prevalere di un principio sull’altro. Il che implica l’individuazione di tutte le circostanze, anche di quelle che siano logicamente dipendenti l’una dall’altra, rilevanti. Esempio di bilanciamento definitorio potrebbe essere quello di un giudice che stabilisca, per risolvere il medesimo caso Z, la seguente regola condizionale di precedenza (a cui aggiungo un ecc...perché non ho le risorse temporali per individuare tutte, ma proprio tutte, le proprietà rilevanti).

*‘È lecito guidare in autostrada, purché questa sia costruita a più un 1 metro da un centro abitato, purché il conducente con le caratteristiche corporee r, s, t non abbia nel sangue un quantitativo di sostanze - farmaci, stupefacenti, ecc... - che siano in grado di alterare la sua capacità di controllo del veicolo in misura maggiore del 30%, purché il tempo atmosferico non sia idoneo a ridurre la visibilità e l’aderenza delle ruote sull’asfalto di più del 70 %, purché l’automobile sia stata sempre riparata in caso di guasto e sia stata controllata da un’officina autorizzata negli ultimi sei mesi, purché non si superi la velocità stabilita di 150 km/h ecc...’*

c) per bilanciamento ragionevolmente definitorio o categoriale in senso debole s’intende, invece, la legge di collisione, elaborata da un giudice o da un giurista, tra due principi costituzionali (ovvero tra due principi impliciti in un settore giuridico

dell'ordinamento) in competizione che abbia due caratteristiche. Tale gerarchia (tra i due principi in competizione) non integra i requisiti di un bilanciamento categoriale, cioè non fa riferimento a *tutte* le circostanze in presenza delle quali tali principi possono confliggere in futuro. In secondo luogo il bilanciamento così effettuato viene 'razionalmente giustificato' ovvero soddisfa, in modo sufficiente, le regole di un'argomentazione razionale.

In tal senso possiamo distinguere *due casi* di bilanciamento ragionevolmente definitorio. Nel primo caso il suddetto interprete costruisce la regola che determina la precedenza di un principio sull'altro facendo riferimento ad un insieme di *circostanze* in presenza delle quali un principio prevale sull'altro che vanno al di là di quelle strettamente necessarie a risolvere il caso concreto, sebbene non a *tutte le circostanze* in presenza delle quali un principio prevale sull'altro. Nel secondo caso la regola che determina la precedenza di un principio sull'altro fa, fin dove razionalmente possibile, riferimento soltanto all'insieme di proprietà rilevanti strettamente necessarie per risolvere il caso concreto. In entrambi i casi la regola viene razionalmente giustificata.

Secondo la mia ridefinizione, ad esempio, nel caso del (primo tipo di) bilanciamento ragionevolmente definitorio il giudice o l'interprete individua un universo di proprietà rilevanti (proprietà che siano, date le assunzioni teoriche ed empiriche condivise dalla comunità del discorso a cui l'interprete appartiene, conosciute o ragionevolmente conoscibili) questa volta *congiuntamente esaustivo* di tutti i casi di antinomie tra i due principi considerati, cioè idoneo a coprire tutti i casi individuali di conflitto tra principi. Ancora è necessario che il giudice individui, compatibilmente con il tempo e le risorse a disposizione, non tutte ma soltanto alcune delle proprietà che, empiricamente verificabili, siano condizioni disgiuntamente sufficienti (date le assunzioni teoriche ed empiriche di sfondo) del darsi di ciascuna proprietà indeterminata individuata, anche ove queste siano logicamente dipendenti l'una dall'altra.

Ora la tesi di Alexy secondo la quale le regole, risultato del bilanciamento, impongono una relazione di precedenza *relativa* soltanto ad alcune circostanze in relazione alle quali due principi possono confliggere, perché in presenza di circostanze differenti la gerarchia tra i principi può essere invertita, è una tesi descrittiva e contemporaneamente prescrittiva dell'attività giudiziale. E' una tesi descrittiva della pratica diffusa tra i tribunali costituzionali e ordinari perché Alexy rileva, correttamente, che i giudici rifiutano forme di bilanciamento del tipo che ho definito definitorio o categoriale, preferendo forme di bilanciamento 'ad hoc' oppure di tipo categoriale in senso debole.

E' una tesi normativa perché non c'è alcuna ragione, secondo Alexy, per imporre ai giudici una forma di bilanciamento definitorio o categoriale tra i principi in competizione. Ciò in quanto un bilanciamento definitorio tutela, almeno parzialmente, il valore della certezza del diritto, la possibilità dei cittadini, cioè, di prevedere, qualora s'intende la giurisprudenza delle Corti Supreme e Costituzionali in merito non mutasse, le conseguenze giuridiche delle proprie azioni e tale valore è ben lungi da essere l'unico che vale la pena di essere tutelato<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> Inutile sottolineare che il valore della certezza del diritto non è qui inteso in senso tradizionale, in quanto a rigore esso implica la possibilità per i cittadini di prevedere le conseguenze delle loro azioni *prima* che una qualunque decisione amministrativa o giurisdizionale sia assunta, e non dopo che si sia già formato un indirizzo giurisprudenziale consolidato.

Le altre due forme di bilanciamento consentono, invece, un risparmio notevole di risorse argomentative, sebbene, come vedremo, soltanto un bilanciamento categoriale in senso debole - la tipologia, secondo me, più utilizzata dalla giurisprudenza ordinaria e più coerente con la teoria di Alexy - adotta un compromesso equilibrato tra il valore della certezza del diritto e quello, pragmatico, dell'efficienza della prestazione giuridica. Proprio in virtù dell'attenzione attribuita da Alexy al valore pragmatico dell'efficienza della prestazione giuridica qualificherò la sua teoria del bilanciamento come *una teoria pragmatica*.

Dunque perché una teoria del bilanciamento sia definibile come pragmatica è sufficiente che si rifiuti una tipologia di bilanciamento che ho definito come categoriale, indipendentemente dal fatto che si adotti un bilanciamento 'ad hoc' o un bilanciamento categoriale in senso debole.

L'idea che una teoria del bilanciamento di tipo pragmatico sia preferibile ad una non pragmatica, mi sembra, del resto, condivisa anche da teorici, come Moreso, che sembrano rifiutare, invece, la tesi che ho denominato particolarista in senso debole. Con ciò dimostrando che si può perfettamente condividere una teoria del bilanciamento non particolarista e accettare i valori, di carattere pragmatico, sottesi ad un bilanciamento 'ad hoc' o definitorio in senso debole. L'individuazione, infatti, di una regola generale che possa dare una risposta per ogni caso che rappresenti un'antinomia tra principi in competizione è, soltanto, un ideale che non possiamo imporre ai giudici che agiscono in condizioni reali e non ideali<sup>26</sup>.

Per comprendere meglio, dunque, perché la teoria del bilanciamento tra principi di Alexy è una teoria particolaristica in senso debole e pragmatica possiamo rappresentare la gerarchia assiologica tra due principi in conflitto prendendo ad esempio il (primo tipo di) bilanciamento categoriale in senso debole:

*'Assunto che universo delle proprietà rilevanti idoneo a esaurire i casi di antinomia tra il principio p e il principio q è l'universo delle proprietà A, B, C, D,...R il principio p prevale sul principio q in presenza delle condizioni A<sup>1</sup>, A<sup>2</sup>, ¬B<sup>1</sup>, C<sup>1</sup>,...R<sup>1</sup>, proprietà che (date le assunzioni teoriche ed empiriche attualmente condivise dalla comunità del discorso, sono conosciute o ragionevolmente conoscibili) rappresentano alcune delle condizioni disgiuntamente sufficienti del prodursi, rispettivamente, delle proprietà A, B, C, D,...R in precedenza già individuate, salvo che un nuovo caso imponga la valutazione di una proprietà S che sarà considerata in futuro rilevante in virtù del mutamento di alcune assunzioni teoriche ed empiriche condivise nella comunità del discorso'*

La regola risultato di tale bilanciamento è una ragione per l'azione *defettibile*, in quanto è possibile che la falsificazione di una credenza teorica o empirica attualmente ritenuta vera comporti la necessità di introdurre un'eccezione prima non prevista. Si tratta ancora di una regola che impone un ordine di priorità valido solo *relativamente* ad alcune circostanze in presenza delle quali i principi possono confliggere, in quanto nel bilanciamento non vengono individuate (tutte le) altre proprietà, ad esempio A<sup>3</sup>, C<sup>2</sup>, ecc..., che sono condizione disgiuntamente sufficiente del darsi delle proprietà A, B, C, D.

Assunto che proprietà rilevanti nel conflitto tra il principio p e il principio q sono

<sup>26</sup> Tale conclusione è fatta propria da Moreso quando accetta l'idea che la gerarchia assiologica tra principi sia mobile. Vedi J. J. Moreso, *Conflitti tra principi costituzionali*, cit., pag. 18-19.

le proprietà  $A^1, A^2, \neg B^1, C^1 \dots R^1$ , la regola, risultato della ponderazione tra il principio p e il principio q in relazione al caso Z, è che *Se  $A^1, A^2, \neg B^1, C^1 \dots R^1$ , allora Y*. Ciò implica che, nel caso di un bilanciamento categoriale in senso debole, dato un insieme di assunzioni teoriche ed empiriche, è possibile, almeno in condizioni epistemiche ideali o ottimali, costruire ragioni indefettibili, potendo applicare sia la regola del modus ponens che la regola del rinforzo dell'antecedente, anche se tali regole sono inadeguate a risolvere ogni caso concreto di antinomia tra i principi in conflitto, in quanto la regola non individua tutte le proprietà che sono condizioni disgiuntamente sufficienti del prodursi della conseguenza Y.

E' giunto il momento di rispondere all'interrogativo iniziale. Quale concezione, cioè, del principio di universalizzabilità sia compatibile con una concezione particolarista in senso debole del bilanciamento, che rifiuta una concezione forte della razionalità sussuntiva.

*707c/ kqpcrkä"umuuwpkxc"xgtuwu"tc/ kqpcrkä"f kueqtulkxc"*

Il principio di universalizzabilità può, innanzitutto, essere interpretato in due modi differenti. Nella sua forma più elementare si identifica col principio di giustizia formale. Casi uguali devono essere trattati in modo uguale, dunque ogni parlante che applica un predicato F ad un oggetto S deve essere disposto ad applicare F ad ogni altro oggetto che sia simile a S sotto ogni aspetto rilevante. "In questa prima interpretazione la condizione di universalizzabilità ha carattere meramente formale...la sua adozione lascia del tutto indeterminato...quali sono gli aspetti rilevanti ai fini di un giudizio sulla somiglianza o sulla dissomiglianza di S con qualsiasi altra situazione S<sup>1</sup>.

Il requisito può venire interpretato anche in una forma non altrettanto indeterminata...Posto che Tizio giudichi di dover fare A egli dovrà concedere che, pena la contraddizione, qualunque altro agente deve fare A in qualsiasi altra situazione S<sup>1</sup> simile a S sotto gli aspetti rilevanti, indipendentemente da quale sia la posizione di Tizio medesimo in S<sup>1</sup>".<sup>27</sup> Nonostante lo stesso Alexy la faccia propria non mi occuperò della versione diciamo sostanziale del principio di universalizzabilità, ma soltanto della sua versione formale. Inteso nella sua versione formale il principio di universalizzabilità rappresenta una delle regole fondamentali che, secondo Alexy<sup>28</sup>, caratterizzerebbero una procedura discorsiva razionale.

Ora, come risulta ormai chiaro, l'interpretazione del principio di universalizzabilità fatta propria dai teorici della razionalità sussuntiva in senso forte ci dice che chi, al tempo t<sup>0</sup>, ha giudicato, in condizioni epistemiche ideali o ottimali, un'azione S giusta deve, nel tempo t<sup>1</sup>, giudicare giusta ogni altra azione che abbia le medesime proprietà considerate rilevanti in t<sup>0</sup>. Ciò in quanto si ritiene che, in condizioni epistemiche ideali o ottimali, ad esempio possedendo tutta la conoscenza presente e passata, si possano individuare tutte le proprietà rilevanti in presenza delle quali un'azione S è giusta e, a fortiori, "un esquema general que da una respuesta unívoca para cada caso, puesto que cada caso individual es una instancia de un caso genérico que correlaciona el caso con una solución normativa, posibilitando de esta manera la

<sup>27</sup> B. Celano, *Dialettica della giustificazione pratica*, Giappichelli, Torino, 1994, pag. 544-545.

<sup>28</sup> L'insieme delle regole della procedura discorsiva razionale sono elaborate da Alexy nella *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, cit., pag. 149 e ssgg.

subsunción”<sup>29</sup>.

L'interpretazione fatta propria dai particolaristi in senso debole è, invece, che se Carlos, al tempo t<sup>0</sup>, ha giudicato, in condizioni epistemiche ideali o ottimali, un'azione y giusta deve, nel tempo t<sup>1</sup>, giudicare giusta ogni altra azione che abbia le medesime proprietà considerate rilevanti in t<sup>0</sup>, salvo che in t<sup>1</sup> Carlos individui una nuova proprietà rilevante, in virtù della falsificazione in t<sup>1</sup> di alcune assunzioni teoriche ed empiriche condivise nella comunità del discorso al tempo t<sup>0</sup>.

Poiché il principio di universalizzabilità costituisce una delle regole della procedura razionale, dopo aver qualificato la teoria del bilanciamento di Alexy come particolarista in senso debole e come pragmatica possiamo definirla come una teoria del bilanciamento *di tipo procedurale*. Una teoria del bilanciamento è definibile, infatti, come procedurale quando l'argomentazione con la quale il giudice stabilisce, e giustifica, l'imposizione di un ordine di priorità tra principi del diritto (ad esempio costituzionali) in competizione può, e soprattutto deve, essere giustificata alla luce di tutte le (o del maggior numero possibile, tenuto conto delle risorse temporali ed economiche a disposizione, di) regole dell'argomentazione razionale. Sulla base di quanto detto possiamo distinguere tre proprietà, e i loro complementari, che possono caratterizzare una teoria del bilanciamento:

*Vgqtlg"r tqegf wcrk"vgqtlg"uegwkej g"fr"grldkpelco gpvq"*  
"

Sono teorie procedurali le teorie secondo le quali l'argomentazione con la quale il giudice stabilisce, e giustifica, l'imposizione di un ordine di priorità tra principi del diritto (ad esempio costituzionali) in competizione può, e deve, essere giustificata razionalmente, cioè alla luce di tutte le (o del maggior numero possibile, tenuto conto delle risorse temporali ed economiche a disposizione, di) regole...dell'argomentazione razionale, ivi compreso il principio di universalizzabilità. Sono teorie scettiche le teorie secondo le quali l'argomentazione con la quale il giudice stabilisce le condizioni in presenza delle quali un principio prevale sull'altro è espressione di valutazioni squisitamente soggettive che non sono suscettibili di alcun controllo razionale. Ergo l'argomentazione medesima non *deve* essere giustificata alla luce di tutte le regole dell'argomentazione razionale, perché queste non producono alcun risultato. Questo non vuol dire - come ammetterebbero molti teorici moderatamente scettici, e tra di essi Guastini - che l'argomentazione del giudice che giustifica un certo bilanciamento tra principi non debba possedere alcuni requisiti della giustificazione razionale, ad esempio il rispetto del principio di non contraddizione. Vuol dire che l'argomentazione del giudice non deve essere perfettamente razionale, cioè possedere tutti i requisiti o il maggior numero possibile di requisiti che integrano una giustificazione razionale.

*Vgqtlg"r ctveqretkug"p"ugpuq"fgdqg+g"vgqtlg"pqp"r ctveqretkug"q"fgf wwxkug+"*  
"

Teorie non particolariste sono teorie che sostengono si possa, in condizioni epistemiche ideali, individuare tutte le proprietà rilevanti nel conflitto tra due principi in competizione. Teorie particolariste (in senso debole) sono teorie che negano tale assunto sulla base del fatto che non possiamo individuare tutte le condizioni di carattere teorico ed empirico che sono presupposte nei giudizi sulla rilevanza di una proprietà.

<sup>29</sup> J. J. Moreso, *Conflitti tra principi costituzionali*, cit., pag. 17.

"Vgqtlg"r tci o cvej g"g"vgqtlg"pqp"r tci o cvej g"mf ghpkqtlg+""

Sono, infine, teorie del bilanciamento pragmatiche le teorie secondo le quali i giudici ordinari e costituzionali usano, e dovrebbero utilizzare, forme di bilanciamento 'ad hoc' o di tipo categoriale in senso debole, anziché bilanciamenti di tipo definitorio tout court. Mentre sono teorie del bilanciamento non pragmatiche le teorie che prescrivono l'uso di forme di bilanciamento di tipo definitorio o categoriale.

Il fatto che una teoria del bilanciamento sia definibile come pragmatica, come particolarista, in senso debole o forte, o come procedurale non vuol dire che alcune di queste tipologie di bilanciamento non siano incompatibili tra loro. Ad esempio, come ho già detto, un bilanciamento 'ad hoc' non è compatibile con un bilanciamento procedurale. In tal senso l'ultima tesi che sosterrò è che, da un lato, il valore attribuito da Alexy al principio dell'efficienza dell'argomentazione razionale lo conduce, coerentemente, al rifiuto di un (modello di) bilanciamento tra principi del diritto di tipo categoriale, perché in condizioni temporali ed economiche limitate non è opportuno imporre a giudici e interpreti l'individuazione delle regole di precedenza di un principio sull'altro in relazione a *tutti* i casi di conflitto tra i medesimi principi, dall'altro lato il valore attribuito da Alexy alla giustificazione razionale del bilanciamento dovrebbe condurlo, sebbene l'autore non si esprima sufficientemente al riguardo, necessariamente al rifiuto di un bilanciamento 'ad hoc', perché se l'argomentazione addotta dal giudice in favore di un bilanciamento tra principi del diritto rappresenta l'esito di una procedura argomentativa razionale allora il bilanciamento che ne sarà il risultato sarà di tipo definitorio o categoriale in senso debole.

Ora le ragioni in virtù delle quali il modello del bilanciamento ad hoc non è compatibile con una concezione genuinamente procedurale del bilanciamento potrebbero sembrare ovvie. Il modo stesso in cui ho ridefinito la tipologia di bilanciamento ad hoc esclude, infatti, la sua compatibilità con un bilanciamento procedurale, dove l'argomentazione è razionalmente giustificata. Il punto, tuttavia, è cercare di spiegare per quali ragioni (*o in che senso*) il modo in cui opera il bilanciamento ad hoc lo rende incompatibile con una giustificazione razionale. Ne possiamo individuare *tre*.

Ipotizziamo che un giudice - Parker - debba risolvere il caso concreto Q, il caso di un famoso presentatore televisivo che ha denunciato un giornale scandalistico per aver divulgato la notizia secondo la quale egli intrattiene una relazione adulterina con un ragazzo di diciott'anni, notizia che ha costretto il presentatore ad abbandonare la trasmissione da lui condotta per un crollo degli ascolti. Ipotizziamo che il giudice debba giustificare razionalmente la sua decisione alla luce del diritto vigente nella comunità X e ipotizziamo che, al momento storico attuale, si tratti di un settore normativo non espressamente disciplinato, in attesa che il parlamento approvi un codice organico della materia.

Immaginiamo che il giudice Parker voglia risolvere il caso Q sulla base di un bilanciamento ad hoc tra due principi del diritto astrattamente applicabili al caso, ad esempio il principio che tutela la libertà di informazione e il principio che tutela la dignità e la privacy dei cittadini, principi che, non soltanto rappresentano la ratio di molte norme appartenenti ad alcuni settori dell'ordinamento ma, sono tutelati, esplicitamente o implicitamente, dalla Costituzione. In seguito il giudice individua un insieme di proprietà rilevanti, non necessariamente esaustivo dei casi di antinomie tra i

due principi in conflitto. Ad esempio il giudice ritiene che, date le assunzioni teoriche ed empiriche condivise nella sua comunità, nel conflitto tra il principio che tutela la libertà di informazione e il principio che tutela la dignità e la privacy, proprietà rilevanti sono 'la veridicità della notizia' e 'l'utilità sociale della notizia'.

Tali proprietà, tuttavia, posseggono un certo grado di indeterminatezza, perché se è vero che, secondo Parker, l'assenza di veridicità della notizia è condizione sufficiente del prevalere del principio che tutela la dignità e la privacy dell'individuo sul principio che tutela la libertà di informazione, la formula è talmente vaga che in realtà dobbiamo precisare cosa si intende per 'veridicità della notizia'. Il passo successivo del bilanciamento ad hoc consiste nell'individuare almeno una proprietà, tra quelle indeterminate individuate, che denoti il caso concreto e che sia, contemporaneamente, condizione sufficiente del prevalere di un principio sull'altro. Nel caso Q, del presentare televisivo, il giudice non può far leva sul fatto che, secondo lui, almeno in prima battuta, la falsità della notizia sarebbe condizione sufficiente del prevalere principio che tutela la privacy del cittadino sulla libertà di informazione. Perché la notizia diffusa dal giornale scandalistico è vera.

Questo lo conduce a far leva su un'altra proprietà da lui considerata, almeno intuitivamente, come condizione sufficiente del prevalere di un principio sull'altro, cioè l'assenza di utilità sociale della notizia, e a decidere il caso sulla base della norma:

*'Un organo di stampa non può divulgare notizie vere che possano arrecare un danno alla dignità o alla privacy di un cittadino quando la notizia non ha alcuna utilità sociale, e condizioni congiuntamente sufficienti perché la notizia non abbia alcuna utilità sociale è che (1) l'individuo in questione voglia mantenere il segreto su di essa, 2) che la notizia abbia ad oggetto un fatto che la legge (o la prevalente giurisprudenza penale o civile) considera lecito e (3) essa non abbia ad oggetto un personaggio che ricopra una carica politica o istituzionale, poiché in questo caso la divulgazione della notizia potrebbe essere considerata, dalla maggioranza dei cittadini ed elettori determinante ai fini della valutazione del personaggio'.*

E' evidente che la regola da me presentata è il risultato di un *finto* bilanciamento ad hoc, nel senso che le proprietà individuate hanno ancora margini di indeterminatezza. Credo, comunque, sia sufficiente ai fini del mio ragionamento.

Ho sostenuto che vi sono almeno tre ragioni in virtù delle quali il modo in cui il bilanciamento ad hoc è stato da me ricostruito implica che esso non è 'razionalmente giustificato'. Perché tale bilanciamento sia razionalmente giustificato è necessario che l'argomentazione con la quale il giudice ha deciso il caso, ed effettuato il bilanciamento tra principi, sia parte di un discorso intersoggettivo razionale. Possiamo definire un discorso intersoggettivo razionale, sintetizzando e razionalizzando la maggior parte delle regole che compongono una procedura argomentativa razionale à la Alexy<sup>30</sup>, compreso il principio di universalizzabilità (in senso formale), come un discorso dove due o più parlanti avanzano tesi teoriche o normative, richieste di giustificazioni,

<sup>30</sup> Si tratta di una *sintesi* parziale delle regole della procedura argomentativa razionale perché tiene conto soltanto delle regole che possono considerarsi genuinamente formali o procedurali, come ad esempio il principio di non contraddizione, e non anche delle regole che dissimulano principi normativi di carattere sostanziale, come il principio di universalizzabilità in senso sostanziale. Si tratta di una *razionalizzazione* delle regole elaborate da Alexy perché queste ultime sono ridondanti e si sovrappongono parzialmente tra loro. Vedi R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, cit., pag. 149 e ssgg.

critiche e obiezioni allo scopo di stabilire concordemente ed esclusivamente sulla base di ragioni quale tesi teorica o normativa sia corretta.

In un discorso razionale, in altri termini, un partecipante è razionalmente giustificato nell'accettare una tesi normativa quando le ragioni da lui o da altri avanzate in favore della tesi medesima non sono in contraddizione tra loro, si fondano su premesse teoriche ed empiriche vere o ritenute razionalmente accettabili all'interno della comunità scientifica di riferimento, e quando tali ragioni possano valere come una *risposta soddisfacente* a dubbi, critiche e obiezioni concernenti la tesi e avanzati dai partecipanti al discorso medesimo<sup>31</sup>.

Due tra le ragioni che spiegano l'incompatibilità tra bilanciamento ad hoc e bilanciamento procedurale o razionalmente giustificato le abbiamo già viste. Perché il bilanciamento tra principi relativamente ad un caso concreto sia razionalmente giustificato è necessario che la regola, risultato del bilanciamento, tenga conto di tutte le proprietà che, date le assunzioni teoriche ed empiriche di sfondo, siano condizioni congiuntamente *sufficienti* per il prodursi di una determinata conseguenza giuridica. Altrimenti non sarebbe possibile parlare di sussunzione di un caso concreto all'interno di un caso generico. Ora la regola secondo la quale 'Un organo di stampa non può divulgare notizie vere che possano arrecare un danno alla dignità o alla privacy di un cittadino quando la notizia non ha alcuna utilità sociale...' non individua tutte le proprietà (anche aventi un certo grado di indeterminatezza) che, date le assunzioni teoriche ed empiriche di sfondo, siano condizioni congiuntamente sufficienti del prevalere del principio che tutela libertà di informazione sul principio che tutela la privacy dei cittadini.

Come può il giudice sapere che ogni qual volta un mass-media diffonde una notizia vera, che non abbia alcuna utilità sociale, tale azione debba considerarsi necessariamente lecita? In questo caso il giudice o l'interprete avrebbe dovuto individuare anche (tutte le) altre proprietà (ancorché indeterminate) che sono considerate rilevanti, all'interno della comunità di appartenenza, nei casi di antinomie tra i due principi e che potrebbero rovesciare il bilanciamento, insieme all'interno del quale è compresa anche la circostanza che la notizia, seppure vera e socialmente inutile, sia diffusa in modo non ingiurioso. Solo dopo aver individuato anche quest'ultima proprietà, accertato l'assenza, nel caso concreto in oggetto, di tale circostanza e valutato che la diffusione della notizia in modo non ingiurioso non modifica affatto il bilanciamento nel caso di una notizia che sia, sebbene vera, socialmente inutile (in quanto l'assenza del carattere ingiurioso offre una ragione in favore del diritto alla diffusione della notizia che non prevale sull'inutilità sociale della medesima) allora il giudice Parker avrebbe compiuto un passo ulteriore verso la giustificazione razionale del bilanciamento.

In questo caso la regola assumerebbe la forma seguente: 'Un organo di stampa non può divulgare una notizia che possa arrecare un danno alla dignità o alla privacy di un cittadino, quando questa, sebbene sia vera e diffusa in modo non ingiurioso, non

---

<sup>31</sup> Per una definizione parzialmente analoga vedi E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino, 1999, pag. 98. Inutile dire che tale definizione di 'discorso intersoggettivo razionale' costituisce soltanto un importante punto di partenza, in quanto lascia aperti innumerevoli problemi. Anzitutto l'identificazione della comunità di giudici o giuristi delle cui obiezioni o critiche un singolo giudice deve tenere conto, e ancora la definizione, anch'essa non priva di insidie, delle condizioni in presenza delle quali una risposta a dubbi e obiezioni può dirsi *soddisfacente*. Questioni di cui non posso, in questa sede, occuparmi.

abbia alcuna utilità sociale...'. Così facendo il giudice Parker avrebbe individuato, in modo corretto, *un caso generico*, facendo riferimento a tutte le proprietà rilevanti (sebbene aventi un certo grado di indeterminatezza). Ad esempio se le proprietà rilevanti sono tre, falsità/verità della notizia, utilità/non utilità sociale, diffusione della medesima in modo ingiurioso/non ingiurioso, il caso generico che il nostro giudice Parker si appresta a risolvere è racchiuso dalle seguenti proprietà: verità della notizia, assenza di utilità sociale della medesima, assenza del carattere ingiurioso<sup>32</sup>.

Ora, come ho già detto, anche se il giudice Parker individua, in modo corretto, un determinato caso generico da risolvere, ciò non vuol dire che il bilanciamento sia 'razionalmente giustificato'. Vi è, infatti, una *seconda* ragione di incompatibilità tra bilanciamento ad hoc e giustificazione razionale. E' possibile, infatti, che l'individuazione delle proprietà considerate condizione sufficiente del prevalere della privacy sulla libertà di informazione abbia carattere intuitivo. Perché si possa parlare di 'giustificazione razionale', e, a fortiori, di bilanciamento procedurale, è necessario che il giudice Parker offra delle ragioni che giustificano l'attribuzione di un determinato valore a quelle proprietà, nonché che le ragioni da lui offerte si fondino su premesse empiriche vere, o ritenute dalla comunità scientifica di riferimento razionalmente giustificate, siano ragioni coerenti tra loro e offrano una *risposta soddisfacente* a dubbi, critiche e obiezioni concernenti la tesi e avanzati dai partecipanti al discorso medesimo (cioè gli altri giudici o i giuristi).

L'aspetto, tuttavia, più interessante della relazione di incompatibilità tra bilanciamento ad hoc e bilanciamento procedurale è un altro (il *terzo*). Ho sostenuto che il bilanciamento 'ad hoc', tradizionalmente, presenta due caratteristiche. La prima è quella di disciplinare un *singolo* caso generico, con esclusione di altri casi di conflitto tra due principi, la seconda è quella secondo cui l'argomentazione avanzata in suo favore non ha un grado sufficiente di razionalità. In realtà la possibilità stessa di disciplinare un *singolo caso* generico è, almeno parzialmente, incompatibile con l'idea di un bilanciamento 'razionalmente giustificato'. Ciò in quanto partecipare ad un'argomentazione razionale implica, sempre, tessere una rete di analogie e differenze rilevanti tra un insieme di casi, c.d. paradigmatici, in relazione ai quali regna un accordo tra i partecipanti al discorso e un insieme di casi dubbi o controversi<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> I tre criteri della verità della notizia, dell'utilità sociale (o interesse pubblico) e dell'assenza di intento diffamatorio rappresentano, come è noto, il c.d. 'decalogo del giornalista' disegnato dalla Corte di Cassazione italiana in una sentenza storica (la 5259 del 18/10/1984, in "Il Foro italiano", 1984, I, cc. 2711-2721.) e sono, a tutt'oggi, considerati, dalla giurisprudenza consolidata della Corte di Cassazione, le proprietà rilevanti nel conflitto tra diritto all'identità personale (comprensivo del diritto all'onore e alla privacy) e diritto di cronaca. Eloquente, in tal senso, è il seguente passo tratto dalla sentenza della Cassazione Civile n. 978/1996: "[...] un tale bilanciamento degli opposti valori costituzionali si risolve nel riconoscimento della libera esplicabilità del diritto di cronaca e nella sua prevalenza sul diritto all'identità personale ove ricorra la triplice condizione: a) della utilità sociale della notizia; b) della verità dei fatti divulgati; c) della forma civile della esposizione dei fatti e della loro valutazione, non eccedente rispetto allo scopo informativo ed improntata a serena obiettività, con esclusione di ogni preconcetto intento denigratorio". Su tali problematiche vedi G. Pino, *Diritti della personalità e libertà di creazione artistica: il difficile bilanciamento*, in "Danno e Responsabilità. Problemi di responsabilità civile e assicurazione" n° 3/2000.

<sup>33</sup> Sul fatto che un bilanciamento tra principi, morali e o giuridici, (così come l'argomentazione morale tout-court) che voglia essere razionalmente giustificato, implichi la ricerca incessante di analogie tra casi paradigmatici, condivisi dai partecipanti ma non per questo non rivedibili, e casi dubbi vedi, tra i tanti, J. J. Moreso, *Conflitti tra principi costituzionali*, cit., pag. 5; M. Iglesias Vila, "Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional" in AAVV, *Papers del V congresso ispano-italiano di filosofia del diritto, "Teoría del derecho y Tribunal Constitucional"*, Alicante 21-23

Ora il risultato di un bilanciamento ad hoc *dovrebbe* essere una regola sufficientemente ristretta soltanto ad alcune circostanze - un singolo caso generico - in presenza delle quali i due principi confliggono. E infatti la regola individuata dal giudice Parker risolve il caso, generico, in cui venga diffusa una notizia vera, socialmente inutile e in assenza di diffamazione della vittima, non facendo alcun riferimento all'ipotesi in cui la notizia sia divulgata in modo ingiurioso ovvero sia falsa. Allo stesso modo il fatto che il giudice ammetta che una delle condizioni in presenza delle quali la notizia non ha alcuna utilità sociale è che essa abbia ad oggetto un'azione considerata lecita dalla legge o, in caso di dubbio interpretativo, dalla prevalente giurisprudenza penale o civile, non offre alcuna soluzione per l'ipotesi in cui la giurisprudenza sia discordante. E, tuttavia, alcuni dei casi, delle circostanze, che il bilanciamento ad hoc vorrebbe lasciare fuori possono rientrare dalla finestra nel corso dell'argomentazione, come analogie o controesempi rilevanti avanzati dagli altri interlocutori.

Ciò in quanto rispondere in modo soddisfacente (cioè, come minimo, senza contraddirsi) alle obiezioni e ai controesempi avanzati dagli altri interlocutori vuol dire, quando si tratta di risolvere casi controversi, far riferimento ad alcuni casi ritenuti, a torto o a ragione, paradigmatici del conflitto tra due principi.

Così, ad esempio, argomentare razionalmente in merito alla risoluzione del caso in cui un organo di stampa diffonda, senza alcuna modalità o espressione ingiuriosa, una notizia vera su una persona del mondo dello spettacolo, notizia sulla quale questa vuole mantenere il segreto, implica ragionevolmente un rinvio al (la risoluzione del) caso in cui un organo di stampa diffonde una notizia falsa contro la volontà della persona medesima. Vediamo perché.

Il giudice Parker ritiene che un organo di informazione non possa divulgare notizie su una persona famosa contro la sua volontà, sebbene queste siano veritiere e diffuse in modo non ingiurioso, quando la notizia non ha alcuna utilità sociale e che la curiosità, più o meno morbosa, dei lettori non rappresenta un bisogno, un desiderio, che integri tale requisito. Se la curiosità fosse sufficiente a determinare l'utilità sociale della notizia, ciò equivarrebbe a porre nel nulla il requisito stesso dell'utilità sociale, cosa, ad esempio, considerata ragionevole dal giudice Davis, fermo oppositore del giudice Parker. Ora, come già detto, la maggior parte delle obiezioni e delle critiche che potrebbero essere mosse all'interno di un discorso razionale, tra il giudice Davis e il giudice Parker, diretto a stabilire quale principio debba prevalere nella decisione del caso in questione, sarebbero richieste di individuare analogie o differenze rilevanti, processo di individuazione di analogie che prende le mosse, necessariamente, da alcuni casi che i due interlocutori, il giudice Parker e Davis, considerano istanze paradigmatiche di applicazione di uno dei due principi in questione.

Un caso paradigmatico in cui il principio che tutela la privacy prevale sul principio che tutela la libertà di informazione potrebbe essere, ad esempio, il caso in cui

---

ottobre 1999, pag. 21; S. L. Hurley, *Coherence, Hypothetical Cases, and Precedent*, 10 "Oxford Journal of Legal Studies" 221 (Summer 1990); J. C. Bayon, *Law, Conventionalism and Controversy*, ms., pag. 23-24. Sul fatto che qualunque processo diretto a giustificare la validità di una credenza, dunque qualunque processo conoscitivo, non possa che prendere le mosse da un sfondo di credenze assunte come certe vedi, tra i tanti, W.O. Quine e J. S. Ullian, *The Web of Belief*, Random House, 1970; V. Villa, *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 1993 (soprattutto Cap I); V. Villa, *Il modello di definizione 'per casi paradigmatici' e la definizione di diritto*, in P. Comanducci e R. Guastini (a cura di) "Analisi e diritto 1992. Ricerche di giurisprudenza analitica", Giappichelli, Torino, 1992 e D. Davidson, *Inquiries into Truth and Interpretation*, Oxford, Clarendon Press, 1984.

un organo di informazione diffonde una notizia falsa, lesiva dell'immagine di una persona famosa e contro la sua volontà. Se il giudice Davis sostenesse che un cittadino non ha alcun diritto tutelato dalla legge o dalla Costituzione a preservare la propria immagine dalla diffusione di notizie *false*, oltre che lesive della propria immagine, perché ad esempio qualunque notizia falsa potrebbe essere smentita dalle azioni della persona interessata, allora effettivamente sarebbe piuttosto difficile argomentare che un cittadino abbia un diritto a impedire che vengano diffuse notizie *vere*, sebbene lesive, in qualche senso, della sua immagine sociale. Perché se non si ha un diritto a impedire che vengano diffuse notizie false, a fortiori, mi sembra difficile argomentare che si abbia tale diritto in merito a quelle vere.

In tal senso all'interno di un ipotetico discorso razionale che si svolgesse tra il giudice Parker e il giudice Davis il caso in cui un organo di informazione diffonda una notizia falsa a proposito di una persona famosa rappresenta, dunque, un caso paradigmatico in cui la privacy dei cittadini prevale, o dovrebbe prevalere, sulla libertà di informazione. Se i due interlocutori istituzionali non concordano in merito al fatto che la notizia può essere diffusa solo se vera, o almeno solo se vi è il consenso dell'interessato, non ha alcun senso discutere in merito alla sua utilità sociale. Da questo punto di vista la risoluzione del caso controverso, se è possibile diffondere notizie vere solo per soddisfare la curiosità del pubblico, *presuppone* la risoluzione di quello paradigmatico, cioè che la notizia non può essere diffusa, in assenza del consenso dell'interessato, se è falsa.

Ciò non vuol dire che se i due giudici concordano che il principio che tutela la libertà di informazione deve cedere il passo dinanzi al principio che tutela la privacy quando la notizia, rivelatasi falsa, viene diffusa contro la volontà dell'interessato, ciò implica che essi debbano concordare in merito al fatto che una notizia veritiera può essere diffusa (solo) quando abbia un'utilità sociale. Si potrebbe dire che gli argomenti a sostegno della tesi secondo la quale un cittadino ha diritto ad una rappresentazione *veritiera* di sé e della propria personalità dinanzi la comunità sono necessari, ma non sufficienti, in quanto bisognosi di essere integrati da ulteriori argomenti, al fine di sostenere la tesi secondo cui una persona famosa ha diritto a che non vengano diffuse notizie *vere* sulle quali vuole mantenere il segreto, perché potenzialmente lesive dell'immagine che egli vuole dare di sé.

La conclusione, dunque, è che un bilanciamento che voglia disciplinare un *singolo caso* generico in cui due principi vengono in conflitto - ad esempio l'ipotesi in cui vengano diffuse notizie vere in assenza di utilità sociale e di espressioni diffamatorie - e che voglia essere 'razionalmente giustificato' si trasforma, in molti casi, in un bilanciamento che rinvia o presuppone la soluzione di altri casi, come l'ipotesi della diffusione di una notizia falsa da parte di un organo di informazione contro la volontà dell'interessato, circostanze o casi che erano apparentemente rimasti fuori dal bilanciamento.