

*Conflitti tra principi costituzionali**

José Juan Moreso

1. Introduzione

L'applicazione del diritto suole concepirsi come l'attività consistente nel determinare la norma individuale che stabilisce una certa conseguenza normativa per un caso individuale determinato¹. A tal fine, è necessario dimostrare che detto caso è un'istanza di un caso generico al quale la norma giuridica applicabile riconnette una determinata conseguenza giuridica. Questa operazione è detta *sussunzione*.

Tuttavia, quando si tratta dell'applicazione di principi costituzionali (in special modo di principi che stabiliscono dei diritti) si sostiene che la sussunzione non sia un'operazione adeguata e che debba essere sostituita da un'altra operazione denominata *ponderazione*. Ancor di più, la ponderazione è solitamente considerata come uno dei tratti caratteristici dell'applicazione del Diritto nella cultura del *costituzionalismo*².

In questo lavoro si intende presentare più precisamente, da un lato, il concetto di ponderazione, basandosi pur senza accettarle acriticamente sulle idee di R. Guastini e R. Alexy, e anche degli aspetti di queste posizioni che considero insufficienti. A partire da dette idee, d'altra parte, cercherò di presentare un concetto di ponderazione che non si contrappone alla sussunzione. Rispetto a questa, la ponderazione è un passaggio previo che renda possibile l'imprescindibile sussunzione.

* Traduzione di Guido Saraceni. Una versione previa di questo lavoro, anche se limitata alla presentazione e critica della posizione di R. Guastini sulla ponderazione, è stata presentata il 4 luglio 2000 nella sezione di Filosofia del Diritto del *Dipartimento di Cultura Giuridica Giovanni Tarello* dell'Universidad di Genova. Altre previe sono state presentate nel III Seminario Internacional de Teoría del Derecho en La Universidad del Sur (Bahía Blanca, Argentina) il giorno 1 settembre 2000, en el IX Seminario Internacional de Teoría y Filosofía del Derecho en la Universidad Nacional de Córdoba (Vaquerías, Argentina) il giorno 8 settembre 2000 e nel Seminario de Derecho Constitucional de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona) il 22 gennaio 2001 e nella V Settimana di studio (Costituzione, Democrazia, Diritti), Dottorato su 'I diritti dell'uomo: evoluzione, tutela e limiti' dell'Università di Palermo (Italia) il giorno 8 giugno 2001. Ringrazio le osservazioni di tutti i partecipanti e, in particolare, i suggerimenti di Juan Carlos Bayón, Eugenio Bulygin, Marc Carrillo, Ricardo Carraciolo, Bruno Celano, Pierluigi Chiassoni, Paolo Comanducci, Jordi Ferrer, Riccardo Guastini, Giorgio Maniaci, Josep Lluís Martí, Daniel Mendonca, Pablo Navarro, Cristina Redondo, Jorge L. Rodríguez, Carlos Rosenkrantz, Aida Torres, Josep Maria Vilajosana, Vittorio Villa e Francesco Viola. La ricerca che ha consentito questo lavoro ha avuto il sostegno del Ministerio español de Educación y Cultura per il progetto *La indeterminación del Derecho: incommensurabilidad y conflictos entre principios* (PB98-1061-C02-02) e di un soggiorno di tre mesi presso l'Università di Genova per sviluppare il progetto *Constitución y positivismo jurídico* (maggio-luglio 2000, PR2000-0078). Questo saggio è stato pubblicato in "Ragion Pratica", 18/2002.

¹ In realtà non tutte le decisioni sono espressione di prescrizioni, per esempio, quando una decisione stabilisce che una determinata persona possiede una determinata cittadinanza non prescrive nulla, non mette in relazione un caso con una soluzione normativa, ma due casi tra di loro. Per questa ragione, la dottrina processualista è solita classificare le sentenze in sentenze dichiarative, costitutive e di condanna. Tuttavia, farò a meno di tale distinzione, poiché ritengo che sia irrilevante per i miei propositi.

² Cfr. per esempio G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, pp. 149-150, dove si sostiene con enfasi la dicotomia tra sussunzione e ponderazione.

2. La ponderazione in Guastini

Per presentare la concezione guastiniana della ponderazione è bene esporre, in maniera sommaria, alcune tesi di Guastini sull'interpretazione giuridica. Nello specifico, vorrei fare riferimento alle due seguenti:

1. La tesi della distinzione tra *disposizione* e *norma*³. Sebbene l'espressione "norma" si usi in molti sensi nella letteratura giuridica, è importante distinguere il testo dei documenti legislativi, che sono l'oggetto dell'interpretazione e che Guastini denomina *disposizione*, dal contenuto di significato di detto testo, che Guastini denomina *norma*; la norma non è altro che il risultato dell'attività interpretativa. D'altra parte, non si dà una relazione biunivoca tra disposizione e norma, dato che una disposizione può esprimere una pluralità di norme, ed una sola norma può essere espressa da varie disposizioni.

2. Questa distinzione comporta una conseguenza di rilievo per la concezione guastiniana dell'interpretazione giuridica elaborata da Guastini, seguendo G. Tarello. Dato che i significati, le norme in quanto contenuti significativi, non precedono l'interpretazione, ma ne sono il risultato; l'interpretazione non deve considerarsi come l'attività consistente nello *scoprire* il contenuto dei testi o dei documenti normativi, ma come l'attività consistente nella proposta o stipulazione di determinati significati per determinati testi. Questa è la seconda tesi, la tesi dello *scetticismo interpretativo*. Come afferma lo stesso Guastini:

“il significato non è preconstituito all'attività interpretativa, perché è una variabile delle valutazioni e decisioni dell'interprete. La scelta di attribuire ad un certo enunciato un significato a preferenza di altri è frutto di volizione, non di conoscenza”⁴.

Guastini, in altre parole, propone una concezione scettica dell'interpretazione giuridica. Gli enunciati interpretativi non sono giudicabili in termini di verità o di falsità, perché non sono un prodotto della conoscenza, ma della volontà. Le uniche attività descrittive possibili in materia di interpretazione sono, in accordo con le teorie di Tarello e Guastini, quelle consistenti nel mostrare come determinati testi siano stati interpretati in passato e nel predire come lo saranno, con un certo grado di probabilità, nel futuro. È evidente, come l'opera di Tarello ha messo in luce, che può segnalarsi fino a che punto l'attribuzione di un significato a dei documenti normativi è fortemente condizionata dall'ideologia e dalle costruzioni dogmatiche dei giuristi. La concezione dell'interpretazione giuridica che la Scuola genovese propone cerca di renderci coscienti anche di questo aspetto dell'interpretazione.

Occupiamoci ora della nozione di ponderazione proposta da Guastini per i casi di conflitti tra i principi⁵. Come ho detto nell'introduzione, la ponderazione suole contrapporsi alla *sussunzione*, ovvero, all'operazione consistente nello stabilire che un caso determinato è un'istanza di un caso più generale. Può essere, utilizzando la

³ Cfr. la genesi della distinzione in G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974 e *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980. Cfr., per esempio, R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 2^a ed., 1992 e, in riferimento all'origine della distinzione in Tarello, R. Guastini, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 19-20.

⁴ R. Guastini, *Distinguendo*, cit., p. 22.

⁵ Cfr. R. Guastini, *Distinguendo*, cit., pp. 142-145, e anche Id., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 302-304 e *Principi di Diritto e discrezionalità giudiziale*, in “Diritto Pubblico”, 1998, pp. 651-659.

terminologia di C.E. Alchourrón ed E. Bulygin⁶, un caso di *sussunzione individuale*, quando si afferma che un determinato caso individuale è un'istanza del caso generico, ciò avviene quando diciamo che la morte di Cesare è un assassinio politico; oppure un caso di *sussunzione generica*, ove si afferma che un caso generico (descritto mediante un predicato che esprime una determinata proprietà) è incluso in un altro caso generico, cioè, si verifica quando affermiamo, ad esempio, che qualsiasi oggetto che abbia la proprietà descritta dal predicato F, ha necessariamente la proprietà descritta dal predicato G: un esempio potrebbe essere l'affermazione secondo cui tutti i casi di omicidio intenzionale e premeditato di persone che investite di autorità con la intenzione di provocare un cambiamento nelle strutture del potere, sono casi di assassinio politico.

La ponderazione, invece, è un'operazione che, secondo alcuni, non può essere ridotta alla sussunzione. Secondo Guastini la ponderazione presenta le tre caratteristiche seguenti:

1. La ponderazione si realizza tra due principi in conflitto, P1 e P2, i cui supposti di fatto si sovrappongono parzialmente, tra i quali v'è un'antinomia di carattere parziale-parziale⁷. In questo caso, non è possibile risolvere l'antinomia in base a nessuno dei tre criteri generali per la risoluzione delle antinomie: non è utilizzabile *lex superior derogat inferiori*, perché si tratta di principi che hanno lo stesso rango: principi costituzionali, non è utilizzabile *lex posterior derogat priori*, perché si tratta di principi espressi dallo stesso documento normativo, di principi coetanei, allo stesso modo non è utilizzabile *lex specialis derogat priori*, dato che l'antinomia è parziale-parziale non è possibile stabilire alcuna relazione di specialità tra i principi⁸.

2. La ponderazione consiste nello stabilire una gerarchia assiologica tra i principi in conflitto. Una gerarchia assiologica è una relazione tra i principi stabilita dall'interprete, attraverso un giudizio di valore⁹. Come risultato della valutazione un principio (quello considerato superiore in detta gerarchia) prevale sull'altro (o sugli altri) e risulta applicabile.

3. La gerarchia di valori non è stabilita in astratto, ma con riguardo al caso concreto. Questo dà luogo ad una gerarchia che Guastini denomina, in maniera molto acuta, una *gerarchia mobile*, ovvero, per quanto in un caso concreto P1 prevalga su P2, ben può accadere che in un altro caso sia P2 a prevalere su P1. La conclusione è, utilizzando le parole dello stesso Guastini, la seguente:

“il conflitto non è risolto *stabilmente*, una volta per tutte, facendo senz'altro prevalere uno dei due principi confliggenti sull'altro (...); ogni soluzione del

⁶ C. E. Alchourrón, E. Bulygin, *Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico*, in Id., *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 308-309.

⁷ Come si sa, questa è una terminologia di A. Ross, *On Law and Justice*, Stevens and Sons, London, 1958, cap. 4. Per comprendere le idee di Ross basta pensare due norme in conflitto N1 e N2, cioè, due norme che presentano due soluzioni incompatibili, le cui fattispecie (F e G) possono avere le seguenti relazioni logiche: se la relazione tra le classi F e G è di identità, abbiamo un caso di antinomia *totale-totale*, se la relazione tra le classi F e G è di inclusione – anche se non di identità –, abbiamo un caso di antinomia *totale-parziale*, se tra F e G non c'è relazione né di identità, né di inclusione, ma l'intersezione tra F e G non è vuota, allora siamo in presenza di un caso di antinomia *parziale-parziale*.

⁸ A questo punto, Guastini aggiunge quanto segue: “applicando la regola ‘lex specialis’ il conflitto potrebbe essere risolto, banalmente, riformulando in sede interpretativa uno dei due principi, e precisamente introducendo in esso una clausola di eccezione o esclusione”, R. Guastini, *Distinguendo*, cit., p. 144. Tuttavia su questa possibilità tornerò dopo.

⁹ Cfr. R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993, pp.42-44.

conflitto vale solo per il caso concreto, e resta pertanto imprevedibile la soluzione dello stesso conflitto in casi futuri”¹⁰.

A mio avviso questa concezione della ponderazione comporta due conseguenze particolarmente importanti.

1. La ponderazione è il risultato di una attività radicalmente *soggettiva*. Ciò avviene, in accordo con Guastini, perché la gerarchia assiologica tra i principi in conflitto è il risultato di un giudizio di valore dell’interprete e, sempre secondo Guastini, i giudizi di valore hanno una natura radicalmente soggettiva. Tutto ciò non è difficile da comprendere, se teniamo a mente la concezione generale dell’interpretazione di Guastini, dato che ogni enunciato interpretativo è, per definizione, il risultato di una volontà (e, in questo senso, presuppone un giudizio di valore) e non di una attività di carattere conoscitivo.

2. La ponderazione ha come conseguenza una forma particolare di quello che possiamo denominare *particolarismo giuridico*. Il particolarismo è una dottrina ampiamente discussa nella filosofia morale, ma di meno nella teoria del diritto¹¹. Uno dei suoi maggiori difensori nel campo della filosofia morale, Jonathan Dancy, la presenta così:

“The leading thought behind particularism is the thought the behaviour of a reason (or of a consideration that serves as a reason) in a new case cannot be predicted from its behaviour elsewhere”¹².

Questa è, precisamente, la stessa conclusione che Guastini traeva dal fatto che le gerarchie tra principi sono *mobili*, e valgono solo per il caso concreto. Una posizione particolarista suppone il rifiuto, nell’ambito della ragion pratica, della razionalità *sussuntiva*, e la sua sostituzione con una diversa razionalità detta *narrativa*, attenta a come i tratti *salienti* di determinate circostanze acquisiscono una *tessitura* determinata che fa sì che, in quelle circostanze concrete, sia corretto tenere un determinato comportamento; nulla, tuttavia, può essere ottenuto per giudicare altri casi dalla generalizzazione o universalizzazione delle particolarità presenti in quelle circostanze.

L’attività di scegliere tra principi in conflitto si convertirebbe, in questo modo, in un’attività non controllabile razionalmente. Si tratterà di un’attività paragonabile alla scelta del vino per una cena, o la cravatta da mettere un determinato giorno, attività che dipendono da un giudizio di valore soggettivo e da caratteristiche delle circostanze che non siamo disposti a generalizzare, ad esempio, sebbene sia una ragione per scegliere un buon vino bianco il fatto che nella cena si servirà del pesce, questa ragione può essere trascurata a favore di altre ragioni che valgono solo per il caso concreto. Si tratta di attività soggettive e particolariste.

Anche la ponderazione è il risultato di una attività soggettiva è particolarista? Se la risposta a questa domanda fosse affermativa, dovremmo concludere che il risultato della ponderazione non può essere giustificato e, in questo senso, che i conflitti tra principi costituzionali non possono essere risolti in un modo controllabile razionalmente, la loro motivazione non sarebbe soggetta a controllo. Utilizzando le

¹⁰ R. Guastini, *Distinguendo*, cit., p. 145.

¹¹ Può vedersi per esempio F. Schauer, *Playing by the Rules*, Oxford University Press, Oxford, 1991 e M. C. Redondo, *Reglas “genuinas” y positivismo jurídico*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e Diritto 1998. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 243-276.

¹² J. Dancy, *Moral Reasons*, Blackwell, Oxford, 1993, p. 60.

parole di Robert Alexy: “Molte volte si è obiettato contro la ponderazione che non costituisce un metodo che permette un controllo razionale”¹³. Fosse anche solo perché tutto ciò risulta particolarmente inquietante, vale la pena di vagliare la possibilità, spesso seguendo il pensiero dello stesso Alexy, che il risultato della ponderazione non sia, in effetti, incontrollabile razionalmente.

3. Ragioni prima facie come criteri defettibili

L’idea che l’applicazione di principi in conflitto si risolva mediante una ponderazione, cioè, mediante l’assegnazione di *pesi* differenti ai principi per sapere quale di questi ha maggiore forza, è solo una metafora. Mentre è una verità empirica che tra due oggetti materiali qualsiasi, *a* e *b*, possiamo stabilire una relazione di ordine connessa e transitiva, grazie ai predicati *essere eguale* o *più pesante di*, dato che o *a* è eguale o più pesante di *b* o viceversa, ed è altresì verità che se *a* è eguale o più pesante di *b* e *b* è eguale o più pesante di *c*, allora *a* è eguale o più pesante di *c*; non è altrettanto ovvio che la stessa cosa accada tra i principi in conflitto. Alle volte, ad esempio, il principio che stabilisce la libertà di informazione si trova in conflitto con il principio che protegge il diritto all’onore, ma non è ovvia la possibilità di stabilire una relazione di ordine tra questi due principi in maniera analoga alla relazione relativa al peso tra gli oggetti materiali.

Tuttavia, non è corretto assumere che manchiamo di criteri per stabilire una gerarchia tra i principi, *ove si verificano determinate circostanze*. Pubblicare una notizia falsa, senza alcuna prova della sua veridicità, relativa alla vita privata di una persona e lesiva del suo onore (ad esempio che un vescovo, o un ministro del governo, o un professore universitario, sia membro di un gruppo dedito allo sfruttamento sessuale dei minori) è un caso in cui la libertà di informazione deve cedere davanti al diritto all’onore. Pubblicare la notizia vera che, ad esempio, un ministro del governo ha richiesto dieci milioni di dollari ad una determinata impresa in cambio dell’appalto per costruire un’autostrada, rappresenta un caso in cui la libertà di informazione è più importante del diritto all’onore. Le teorie sui diritti in questione che non diano conto di dette solide intuizioni, possono considerarsi teorie *inammissibili*. L’ammissibilità di una teoria dipende, infatti, dalla sua capacità di risolvere i casi *paradigmatici*. I dubbi su come ordinare i principi nei casi di conflitto accadono su uno sfondo, spesso inarticolato, nel quale *intuitivamente* troviamo la soluzione per determinati casi che, in qualche modo, a nostro avviso risulta ovvia¹⁴.

Pertanto la ponderazione non è il risultato di un’attività radicalmente soggettiva che presuppone un giudizio di valore assolutamente privo di regole. I giudizi di valore che l’interprete realizza sono limitati e non tutte le soluzioni sono accessibili all’interprete: i casi paradigmatici delimitano, per dir così, l’ambito di scelta delle soluzioni. Se vogliamo usare una celebre metafora kelseniana, i paradigmi delimitano la cornice (*Rahmen*) all’interno della quale deve realizzarsi il giudizio di valore dell’interprete, se vuole essere ammissibile¹⁵.

¹³ R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), trad. di E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 157.

¹⁴ Cfr. per esempio R. Dworkin, *Law’s Empire*, Fontana Press, London, 1986, pp. 255-257; S. Hurley, *Natural Reasons*, Oxford University Press, Oxford, 1989, p. 212 e T. Endicott, *Herbert Hart and the Semantic Sting*, in “Legal Theory”, 4, 1998, pp. 283-30.

¹⁵ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Wien, 1960, 2 ed., cap. VII.

Tutto ciò non suppone alcuna concezione particolare dei giudizi di valore. È ovvio che se i principi P1 e P2 entrano in conflitto nella loro applicazione ad un caso, dobbiamo stabilire una qualche preferenza applicativa tra di loro, in altre parole, dobbiamo *gerarchizzarli*, attraverso un qualche criterio: un giudizio di valore. In questa impostazione del problema resta aperto il problema della natura dei giudizi di valore, solo si insiste sul fatto che se la concezione radicalmente soggettiva dei giudizi di valore comporta che non esistano criteri per escludere alcuni giudizi di valore come candidati adeguati a fornire un criterio gerarchico ammissibile, allora – per i motivi indicati – si tratta di una concezione non plausibile.

L'idea che non tutte le ricostruzioni dei principi in conflitto, non tutte le gerarchie possibili, sono ammissibili, non ci dice ancora nulla sul come dobbiamo procedere per articolare tali gerarchie. È ancora compatibile con la posizione particolarista più radicale. È possibile che per casi di conflitto ci sia una soluzione corretta e, tuttavia, non sia possibile articolare detta soluzione in un modello sussuntivo.

In verità, lo stesso Guastini suggerisce un'ulteriore possibilità quando fa riferimento ai criteri di risoluzione delle antinomie ed alla loro inapplicabilità (per ciò che concerne *lex superior e lex posterior*) ai conflitti tra principi¹⁶.

“Non si comprende, invece, perché non possa applicarsi la regola ‘*lex specialis*’, che è precisamente il criterio di soluzione delle antinomie comunemente impiegato per risolvere conflitti – meramente apparenti, come si usa dire – tra norme contigue, contenute appunto in un medesimo testo normativo e, pertanto, coeve e pari-ordinate”¹⁷.

L'idea di Guastini è la seguente: supponiamo che il principio P1 stabilisce ‘Gli F devono fare A’ ed il principio P2 stabilisce ‘Gli G devono fare non A’, se questi principi devono essere applicati ad un caso in cui qualcuno sia F e G, allora risulterà che questi deve fare A e non A, il che non è logicamente possibile. Applicando la regola *lex specialis*, il conflitto potrebbe risolversi riformulando in sede interpretativa uno dei due principi, ad esempio, P1, che ora dirà: ‘Gli F e non G devono fare A’. Così riformulato il nuovo P1, chiamiamolo P'1, non è più incompatibile con P2.

L'idea che soggiace a questa teoria consiste nel considerare i principi come norme che stabiliscono qualificazioni deontiche (doveri, proibizioni o facoltà) non in maniera categorica ma *prima facie*, ossia, qualificazioni deontiche defettibili o superabili.

La nozione di doveri *prima facie* fu applicata, come è noto, da W.D. Ross per superare alcune difficoltà della morale kantiana, che considera i doveri morali sempre categorici (*obligationes non colliduntur*). Ross suggerì che i doveri *prima facie* equivalessero ai doveri *condizionali*¹⁸. Io ritengo, però, che la identificazione tra il carattere condizionale ed il carattere di defettibilità dei principi abbia prodotto alcune

¹⁶ R. Guastini, *Distinguendo*, cit., p. 143.

¹⁷ In nota 82, p. 178 fa riferimento ad una conferenza tenuta da Carlos E. Alchourrón presso l'Università di Genova, dal titolo *Defeasible Norms and Prima Facie Obligations* come la fonte delle sue idee al riguardo. Come si vedrà, anche io mi servirò delle idee di Alchourrón sulle norme defettibili per illustrare la ponderazione.

¹⁸ W.D. Ross, *The Right and the Good*, Oxford University Press, Oxford, 1930, p. 28. Per un approfondimento di questa idea, in relazione a David Ross e la difesa della tesi che la distinzione rossiana tra ‘special and general obligations’ può essere letta come una distinzione tra obblighi condizionali e incondizionali, rispettivamente, cfr. M. Zimmerman, *The Concept of Moral Obligation*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, pp. 146 ss.

confusioni nella letteratura morale e giuridica concernente i conflitti di norme e le collisioni tra principi, confusioni che vale la pena di evidenziare.

Può affermarsi che io abbia il dovere (morale) di andare a trovare mia madre se è gravemente malata; il mio dovere è condizionale dato che nasce quando mia madre è malata. Ad ogni modo, questo non significa che il mio dovere sia *prima facie* o defettibile. Il mio dovere sarà defettibile o meno nella misura in cui può essere superato da un altro dovere. Seguendo alcune idee di Carlos E. Alchourrón¹⁹, possiamo affermare che i doveri condizionali possono essere defettibili o meno. I doveri condizionali indefettibili sono i condizionali classici (o, meglio ancora, condizionali in senso stretto, una implicazione stretta è solo un condizionale materiale generalizzato in relazione alle circostanze, ma in questo scritto trascurerò tale complicazione) ed il loro antecedente è una condizione sufficiente per l'efficacia del dovere. I *doveri condizionali indefettibili* (DCI) possono essere rappresentati nella seguente maniera:

(DCI) $A \rightarrow OB$

È importante rendersi conto che questa formulazione ha, almeno, due conseguenze importanti: 1) permette l'applicazione della regola logica del *modus ponens*, se abbiamo (DCI) e abbiamo A, possiamo ottenere il dovere di realizzare B e 2) autorizza l'utilizzo della regola del *rinforzo dell'antecedente*, ovvero, se A è una condizione sufficiente del dovere di realizzare B, lo è anche A ove si verifichi una qualsiasi altra circostanza.

I *doveri condizionali defettibili* (DCD), al contrario, non autorizzano né il *modus ponens* né il *rinforzo dell'antecedente*. Se il mio dovere di visitare di mia madre seriamente malata è *prima facie*, allora potrà essere sconfitto, così, se anche mia figlia fosse malata, solo io posso occuparmene e, inoltre, mia madre che si trova lontano, è aiutata da mio fratello, allora queste circostanze potrebbero permettermi di superare il mio dovere di andare a trovare mia madre gravemente malata (costituiscono quello che alle volte viene definito un *defeater*). Per questo motivo, la grave malattia di mia madre non è una condizione sufficiente perché nasca in me il dovere di visitarla (i doveri defettibili non autorizzano l'uso del *modus ponens*), ed il dovere di andare a trovare mia madre non si mantiene siano quelle che siano le circostanze che si aggiungano alla sua grave malattia (i doveri defettibili non consentono il rinforzo dell'antecedente). La malattia di mia madre non è condizione sufficiente del mio dovere di andare a trovarla, è solo una condizione *contribuente* (una condizione contribuente è una condizione necessaria di una condizione sufficiente)²⁰. Il problema riguardo a questi doveri condizionali defettibili è che non ci permettono di ottenere doveri attuali o *all things considered*. Tuttavia, Carlos E. Alchourrón ha dimostrato come possiamo rendere espliciti gli assunti, che si trovano impliciti, nei nostri doveri defettibili. L'antecedente del dovere di fare B, non è solo A, ma A insieme alle sue presupposizioni in un certo

¹⁹ C. E. Alchourrón, *Philosophical Foundations of Deontic Logic and the Logic of Defeasible Conditionals*, in J. J. Meyer, R. J. Wieringa (eds.), *Deontic Logic in Computer Sciences: Normative System Specifications*, Wiley & Sons, New York, 1993, pp. 43-84; Id., *Defeasible Logics: Demarcation and Affinities*, in G. Grocco, L. Fariñas del Cerro, A. Herzog (eds.), *Conditionals: from Philosophy to Computer Science*, Oxford University Press, Oxford, 1995, pp. 67-102; Id., *Detachment and Defeasibility in Deontic Logic*, in "Studia Logica", 57, 1996, pp. 5-18; Id., *Para una lógica de las razones prima facie*, in "Análisis filosófico", 16, 1996, pp. 113-124; Id., *Law and Logic*, in "Ratio Juris", 9, 1996, pp. 331-346. Cfr. anche J. Rodríguez, *La derrotabilidad de las normas jurídicas*, in "Isonomía", 6, 1997, pp. 149-167 e J. Rodríguez, G. Súcar, *Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho*, in *Análisis e Derecho* 1998, cit., pp. 277-305.

²⁰ La terminologia è di Alchourrón nei lavori citati nella nota 19, che riprende una nozione di G. H. von Wright, *A Treatise on Induction and Probability*, Routledge & Kegan Paul, London, 1951, cap. 3.

contesto. Queste assunzioni possono considerarsi come una protezione del dovere dai suoi *defeaters*. Tutto ciò può essere rappresentato come un operatore di revisione (f) che si applica al presupposto del condizionale. Il nesso tra il presupposto ed il dovere defettibile può essere rappresentato con il simbolo ' $>$ ' che consente di distinguerlo dal condizionale classico. Per cui (DCD) può essere rappresentato nel modo seguente:

$$(DCD) A > OB = f A \rightarrow OB^{21}.$$

È importante notare che mentre da A non è dato passare ad OB , una volta che abbiamo esplicitato le circostanze implicite che accompagnano A grazie all'operatore di revisione, se queste assunzioni si verificano insieme ad A , allora sì che sarà possibile ottenere OB . In buona sostanza, possiamo ottenere dei doveri attuali se ci assicuriamo che l'antecedente di questi doveri non è venuto meno, ovvero, che si compiono tutte le loro assunzioni implicite.

È ovvio che sono immaginabili anche dei doveri incondizionali e indefettibili (alle volte è così pensato il dovere di non torturare). Possiamo considerare che detti doveri sono, per dir così, sempre attuali o, detto in un altro modo, che le loro condizioni di applicazione sono *tautologiche* (ovvero, sono vere in qualsiasi stato di cose possibile). Per questo i doveri incondizionali e indefettibili (DII) possono essere rappresentati così:

$$(DII) OB = T \rightarrow OB^{22}.$$

Detto ciò, è importante ricordare che sono altresì concepibili i doveri incondizionali e defettibili. Doveri che non hanno alcuna condizione di applicazione esplicita, ma che, in cambio, possono essere sconfitti se si verificano determinate circostanze. In altre parole, l'antecedente tautologico si trova soggetto all'operatore di revisione. È ovvio che assoggettare l'antecedente tautologico all'operatore di revisione equivale a *detautologizzarlo*, in questo senso il suggerimento di W.D. Ross, a cui si è fatto riferimento in precedenza, secondo la quale i doveri *prima facie* sono un tipo di doveri condizionali può dirsi parzialmente veritiera. Detto ciò, credo che sia fondamentale distinguere tra condizionalità e defettibilità. Sulla base delle idee precedentemente esposte i doveri non condizionali, ma defettibili (DID), possono essere rappresentati così:

$$(DID): fT \rightarrow OB.$$

Così sono pensati, spesso, alcuni doveri morali: il dovere di rispettare le promesse, il dovere di dire la verità ecc.. Il dovere di onorare le promesse, ad esempio, è un dovere categorico, nel senso che non presenta alcuna condizione di applicabilità esplicita, ma può essere comunque sconfitto se si verificano determinate circostanze, per esempio nel caso in cui entri in conflitto con altri doveri.

Tenendo ben in mente questa quadripartizione, possiamo domandarci a quale categoria appartengano i criteri giuridici, in concreto, a quale categoria appartengono le

²¹ C. E. Alchourrón ha elaborato un sistema di condizionali defettibili, che aggiunge alla definizione quattro assiomi che deve compiere l'operatore di revisione: espansione, estensionalità, espansione limitata e ordine gerarchico. Cfr. Id., *Detachment and Defeasibility in Deontic Logic*, cit..

²² Il simbolo T rappresenta la tautologia o, forse meglio, l'idea di Georg Henrik von Wright (*Norm and Action*, Routledge & Kegan Paul, London, 1963, pp. 74-75) delle *norme categoriche*: norme la cui condizione di applicazione è la condizione che deve soddisfarsi perché si dia l'opportunità di fare quello che è suo contenuto, e *nessun'altra condizione*. Come von Wright aggiunge: "If a norm is categorical its condition of application is given with its content. From knowing its content we know which its condition of application is". Cfr. anche nota 24. Ciò consente forse di superare una potente obiezione (che mi è stata formulata con la sua solita acutezza da Bruno Celano nel seminario di Genova), in base alla quale tutti i doveri incondizionali defettibili avrebbero (in base all'assioma di estensionalità, secondo cui se due antecedenti sono equivalenti lo sono pure le loro revisioni) le stesse condizioni di applicazione una volta operata la revisione sul loro antecedente tautologico. Poiché, spesso, le *opportunità* dei doveri incondizionali sono diverse, così anche lo saranno le loro revisioni.

regole ed i princìpi giuridici. È bene considerare, ad esempio, che alcune volte si presenta la questione come se le regole imponessero doveri (o diritti) condizionali e indefettibili, mentre i princìpi sarebbero in grado di imporre doveri (o diritti) condizionali, ma defettibili: i princìpi lascerebbero aperte le condizioni di applicazione²³. Ancor di più, si suole affermare che detta distinzione ripropone il diverso comportamento logico che, secondo la nota distinzione di Ronald Dworkin, hanno le regole ed i princìpi. Tuttavia, ci sono, al meno, due ragioni per dubitare della adeguatezza di queste teorie.

In primo luogo, molte proposizioni che abitualmente si considerano regole giuridiche sono defettibili (hanno delle eccezioni cui non si applicano), così, ad esempio, l'obbligo dei giudici di punire gli omicidi viene meno nel caso in cui vi sia stata legittima difesa, stato di necessità ecc..

In secondo luogo, spesso si concepiscono i princìpi come enunciati che non presentano in forma esplicita alcuna delle loro condizioni di applicabilità. Quando R. Dworkin si occupa del caso *Riggs vs. Palmer* e l'applicazione del principio secondo cui nessuno deve trarre beneficio dai suoi stessi reati aggiunge che detto principio 'does not even purport to set out conditions that make its application necessary'²⁴.

Probabilmente, dato che gli usi dei giuristi non sono stabili, possono trovarsi candidati a princìpi giuridici all'interno di ciascuna delle quattro categorie. La Costituzione spagnola all'art. 18 stabilisce quello che alle volte è definito principio dell'inviolabilità del domicilio, però lo fa con una formula che alcuni considerano un dovere (di omissione da parte dei terzi) condizionale e non defettibile, un caso di DCI) (il domicilio è inviolabile a meno che non si verifichi la condizione rappresentata dal consenso del titolare, dall'autorizzazione giudiziale o dalla flagranza di delitto)²⁵. Altre volte i princìpi possono essere considerati come doveri condizionali e defettibili (DCD): ne sarebbe un esempio il dovere di non arricchirsi ingiustamente nelle relazioni commerciali. Allo stesso modo si può pensare che un principio ponga un dovere incondizionale e defettibile (DII), un esempio di ciò sarebbe il divieto di torturare stabilito dall'art. 15 della Costituzione Spagnola. La maggior parte dei princìpi costituzionali sembra che si adeguino bene alla categoria dei princìpi che stabiliscono doveri (e correlati diritti) non condizionali, ma defettibili (DID): i princìpi che riconoscono la libertà di espressione, il diritto all'onore, il diritto alla libertà religiosa e tanti altri.

Il mio suggerimento è il seguente: può anche darsi che la distinzione tra princìpi e regole debba essere concepita non in termini di possibilità di sconfiggere gli enunciati in questione, ma in termini di apertura o concrezione di detti enunciati. Forse la maggior parte degli enunciati giuridici sono defettibili, sebbene il grado di apertura delle loro condizioni di applicazione ci costringa a parlare di princìpi e regole (almeno in determinati contesti): quando c'è una lista determinata di condizioni esplicite tendiamo

²³ M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996, cap. 1.

²⁴ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1977, p. 26. Anche M. Atienza e J. Ruiz Manero hanno sostenuto nella versione inglese del libro citato in nota 23 (*A Theory of Legal Sentences*, Kluwer, Dordrecht, 1997, pp. 8-9, nota 1) che è meglio considerare i princìpi giuridici come norme *categoriche*, ma *prima facie*. Cfr. anche J. J. Moreso, *Come far combaciare i pezzi del diritto*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e Diritto 1997. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 95-96.

²⁵ Alcuni possono pensare che il principio ha ancora condizioni implicite (è rivedibile): per esempio, in caso di necessità (per salvare un bambino durante un incendio).

a parlare di *regole*, quando le condizioni di applicazione sono tutte implicite siamo portati a parlare di *principi*²⁶.

In ogni caso, possiamo adottare questa convenzione e considerare i conflitti tra principi come problemi di conflitti tra enunciati che stabiliscono doveri o diritti non condizionali, ma *prima facie*. Detto ciò, la questione è come dobbiamo fare per esplicitarne le condizioni di applicabilità in modo che il conflitto possa essere evitato. Se siamo capaci di mostrare in che modo questa operazione debba essere portata a termine, la ponderazione può essere ridotta ad un tipo di *sussunzione*, e colui il quale deve applicare i principi sarà in grado di motivare razionalmente la sua decisione. Se, al contrario, questa operazione non può essere realizzata la critica particolarista recupererà la sua forza e non sarà possibile giustificare la motivazione.

4. Alexy sulla ponderazione

Nella recente filosofia del diritto, il tentativo più importante – per quel che mi risulta – di provare a conquistare un’immagine della ponderazione assoggettabile al controllo della ragione è stato compiuto da R. Alexy²⁷.

Vadiamola in dettaglio:

Secondo Alexy i conflitti tra regole ed i conflitti tra principi hanno in comune che, in entrambi i casi, l’applicazione delle norme in conflitto produce risultati incompatibili. Sono ipotesi di antinomia normativa (come quando, ad esempio, è proibita la sosta in una strada determinata e, contemporaneamente, il conducente è obbligato a rispettare la luce rossa del semaforo: nessuno, secondo logica, può rispettare entrambe le norme contemporaneamente). Si differenziano, ad ogni modo, per la maniera in cui viene risolto il conflitto.

Un conflitto tra regole si risolve o introducendo in una delle regole una clausola di eccezione che elimina il conflitto, o dichiarando invalida, almeno, una delle regole.

Ad esempio: c’è una (almeno apparente) antinomia tra la norma del Codice penale che obbliga i giudici a condannare gli omicidi e la norma penale che considera giustificato l’omicidio nei casi di legittima difesa. Alcuni penalisti ritengono che sia possibile risolvere il problema (la cosiddetta teoria degli elementi negativi del tipo) considerando le cause di giustificazione come integranti negativi della fattispecie penale, cioè le cause di giustificazione opererebbero come eccezioni. Ci sono dei casi, d’altro canto, nei quali il conflitto tra una disposizione di livello legale ed altra derivata da una fonte regolamentare si risolve semplicemente dichiarando l’invalidità della disposizione di rango regolamentare.

Il conflitto tra principi deve essere risolto, secondo Alexy, in maniera diversa. Quando due principi entrano in conflitto (ad esempio, perché il primo stabilisce che una determinata condotta è proibita ed il secondo che è permessa) uno dei due deve cedere

²⁶ Questa sembra essere la posizione di H. L. A. Hart, laddove discute della posizione di Dworkin: “This incoherence in the claim that a legal system consists both of all-or-nothing rules and non-conclusive principles may be cured if we admit that the distinction is a matter of degree. Certainly a reasonable contrast can be made between near-conclusive rules, the satisfaction of whose conditions of application suffices to determine the legal result except in a few instances (where its provisions may conflict with another rule judged of greater importance) and generally non-conclusive principles which merely point towards a decision but may very frequently fail to determine it”. H. L. A. Hart, *Postscript*, in Id., *The Concept of Law*, 2 ed., P. A. Bulloch and J. Raz eds., Oxford University Press, Oxford, 1994, pp. 262-3.

²⁷ R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 81-98.

di fronte all'altro. Ma questo non significa che uno dei due principi non sia valido, né che al principio non osservato debbano formularsi delle eccezioni. Ciò che accade è che, quando si verificano determinate circostanze, un principio *precede* l'altro. Per questo motivo si afferma che, nei casi concreti, i principi hanno un *peso* differente ed il conflitto deve risolversi facendo riferimento al *peso* e non alla validità. Supponiamo che in un caso concreto la libertà di informazione, riconosciuta costituzionalmente, entri in conflitto con il diritto all'onore, anch'esso riconosciuto costituzionalmente. Chiameremo il principio che stabilisce la libertà di informazione LI ed il principio che stabilisce il diritto all'onore DH, nel caso in cui si verifichino le circostanze C1, nelle quali, ad esempio, l'informazione trasmessa è veritiera e di rilevanza pubblica, LI precede DH: chiameremo P la relazione di precedenza e potremmo rappresentare il tutto così:

(LI P DH) C1,

invece, ove si verifichino le circostanze C2 nelle quali, sebbene l'informazione conservi rilevanza pubblica, sia stata trasmessa insieme ad una serie di insulti del tutto gratuiti, la relazione sarà la seguente:

(DH P LI) C2.

In detta operazione di determinazione delle preferenze condizionate consiste la *ponderazione*, secondo Alexy. Una volta stabilita la relazione, possiamo ottenere la regola secondo la quale, ad esempio, nel caso in cui l'informazione sia veritiera la sua diffusione è permessa e, nell'altro caso, dato che l'informazione è ingiuriosa, la diffusione deve esserne proibita. In tal modo vediamo come la relazione di precedenza condizionata ci permette di ottenere una regola per risolvere il caso, qualcosa che possiamo denominare legge di collisione. R. Alexy la sintetizza così:

Se il principio P1, sotto le circostanze C, precede il principio P2: (P1 P P2) C, e se da P1 nelle circostanze C deriva la conseguenza R, allora è valida una regola che contiene C come presupposto di fatto ed R come conseguenza giuridica: C→R.

Detto in maniera meno tecnica: le condizioni sotto le quali un principio precede un altro costituiscono il supposto di fatto di una regola che esprime la conseguenza giuridica del principio precedente. Questo è ciò che Alexy chiama norme di diritto fondamentale *ascritte* ('Zugerondneten Normen' in tedesco, che in questo contesto sarebbe forse il caso di tradurre con 'norme implicite'), nelle quali 'può essere *sussunto* il caso (il corsivo è mio)²⁸. Secondo Alexy, l'idea che la ponderazione conduca a decisioni particolari si presta ai malintesi. Le regole che nascono dalla legge di collisione rendono, secondo Alexy, conciliabili "la ponderazione nel caso particolare e la universalità"²⁹. È dato domandarsi se sia esattamente così. In concreto, R. Alexy non offre una soluzione per i casi in cui il principio P1 prevale sul principio P2 sotto le circostanze C1 ed il principio P2 prevale sul principio P1 sotto le circostanze C2, per il caso (supponiamolo possibile) in cui si verifichino contemporaneamente C1 e C2. Abbiamo bisogno di una nuova legge di collisione che stabilisca la precedenza nelle circostanze C1 e C2. Un particolarista direbbe che, dato che le circostanze sono descritte mediante proprietà, e le proprietà dei casi individuali sono potenzialmente infinite, è possibile ripetere questa operazione all'infinito, mostrando che le collisioni

²⁸ *Ibidem*, p. 98.

²⁹ *Ibidem*, p. 167.

tra i principi non sono evitabili e che, pertanto, il ragionamento morale non è assoggettabile alla razionalità sussuntiva³⁰.

Non è possibile nemmeno sfuggire alla sfida del particolarismo riformulando i principi e dicendo, per esempio: si riconosce la libertà di informazione sempre che non si scontri con altri principi che, nelle circostanze del caso, abbiano la precedenza nei suoi confronti³¹. Se riformuliamo così tutti i principi, infatti, esplicitiamo solamente la clausola *ceteris paribus*, che esplicita, a sua volta, l'intuizione che detti principi stabiliscono solo diritti e doveri *prima facie*.

5. Contro il particolarismo

L'unica maniera di fuggire dal particolarismo consiste nel concepire una riformulazione *ideale* dei principi che tenga in conto *tutte* le proprietà potenzialmente rilevanti. Supponiamo che ci si limiti ad un universo di casi formato dalle azioni informative dei media concernenti persone. Supponiamo altresì che, per semplificare, solamente ci siano due principi che regolano la situazione: P1 che riconosce la libertà di informazione e P2 che riconosce il diritto all'onore. P1 può intendersi come: è facoltativo fornire informazioni su fatti che concernono le persone e P2 come: è proibito fornire informazioni che mortifichino l'onore delle persone. In alcune circostanze, è chiaro, P1 e P2 entrano in conflitto. Allora, dobbiamo procedere a ricostruire i nostri principi in modo tale da stabilire una gerarchia condizionata tra loro, suscettibile, inoltre, di universalizzazione consistente, ovvero che non produca conflitti ad altri livelli³². Supponiamo di considerare rilevanti due proprietà:

C1: che la notizia abbia rilevanza pubblica

C2: che la notizia sia veritiera (secondo la giurisprudenza prevalente, che sia veritiera o falsa, ma diligentemente comprovata)³³.

È possibile, allora, riformulare i nostri principi affermando qualcosa come N1: "la libertà di informazione è garantita quando le notizie sono di rilevanza pubblica e sono, altresì, veritiere" e N2: "è proibito attentare all'onore attraverso l'uso dei mezzi di informazione, salvo quando le notizie siano di rilevanza pubblica e veritiere".

Seguendo le teorie di Carlos E. Alchourrón ed Eugenio Bulygin³⁴, C1 e C2 permettono di costruire una quadripartizione dell'universo di discorso in quattro casi elementari: 1) C1 & C2, 2) C1 & no C2, 3) no C1 & C2 e 4) no C1 & no C2. La norma N1 correla il caso 1) con la conseguenza normativa "facoltativo informare", i casi 2), 3) e 4) sono correlati, attraverso la norma N2, alla soluzione "proibito informare". Come si

³⁰ Un argomento simile a proposito di alcuni dubbi sull'universalizzazione dei giudizi morali si può trovare in F. von Kutschera, *Fundamentos de ética* (1982), trad. di M.T. Hernán Pérez, Cátedra, Madrid, 1989, p. 87 e J. C. Bayón, *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 423-426.

³¹ Cfr. questa strategia di Alexy in Id., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 136-137.

³² Cfr. in questo senso una ricostruzione globale delle collisioni tra libertà di espressione, libertà di informazione e diritto all'onore, all'intimità e all'immagine, in M. Atienza, *Juridificar la bioética*, in "Isonomía", 8, 1998, pp. 85-9 e un approccio globale della questione, in generale per tutti i conflitti tra principi, nella stesa linea, S. Hurley, *Coherence, Hypotetical Cases, and Precedent*, in "Oxford Journal of Legal Studies", 10, 1990, pp. 221-25.

³³ Si tratta della dottrina della Corte Suprema degli Stati Uniti in *New York Times vs. Sullivan* 376 US 254 (1964), seguita da molte corti costituzionali europee. Per quanto riguarda la Spagna (che, peraltro, nel proprio testo costituzionale all'art. 20.1 d riconosce esplicitamente il diritto a comunicare o ricevere liberamente informazioni veritiere), cfr. le seguenti sentenze del Tribunal Constitucional: STC 6/1988, 21 gennaio, STC 40/1992, 30 marzo e STC 240/1992, 21 dicembre.

³⁴ Come esposte in *Normative Systems*, Springer, New York-Wien, 1971.

può notare, questo semplice sistema normativo regola in maniera consistente e completa tutti i casi possibili del suo universo di casi. Non ci sono più dei doveri defettibili, i doveri che nascono dalla riformulazione, dalla esplicitazione degli enunciati impliciti, dei principi in conflitto, danno luogo ad un sistema normativo di enunciati condizionali ma indefettibili, che permette di sussumere i casi individuali in alcuni dei casi generici disponibili. È ovvio che possano persistere molti dubbi sul fatto che un'informazione sia o meno di interesse pubblico o veritiera, ma si tratta di dubbi prodotti dal *tessuto aperto* dei nostri concetti, per risolvere un caso individuale dovremmo prima sussumerlo in uno dei casi generici.

È del tutto evidente che possa mettersi in questione che queste siano le *uniche* proprietà rilevanti, può non essere pacifico quale sia la *tesi di rilevanza* adeguata, che identifica le proprietà rilevanti. Orbene, di fatti, si accetta che alcune proprietà (come le citate C1 e C2) sono rilevanti e, in cambio, c'è meno accordo sul fatto se ci siano o meno altre proprietà rilevanti. Qualcuno potrebbe affermare che sebbene un'informazione sia di interesse pubblico e sia, al contempo, veritiera, non deve permettersene la diffusione se utilizza delle espressioni ingiuriose³⁵. Questa tesi può essere intesa come argomento a favore all'uso di un universo di proprietà maggiormente complesso rispetto al precedente. Si aggiunge così una terza proprietà, C3, e si considera rilevante che l'informazione contenga o meno delle espressioni ingiuriose. Se contiene delle espressioni ingiuriose l'informazione è proibita. Abbiamo, ora, otto possibili casi elementari:

C1 & C2 & C3

C2 & C2 & no C3

C1 & no C2 & C3

C1 & no C2 & no C3

no C1 & C2 & C3

no C1 & C2 & no C3

no C1 & no C2 & C3

no C1 & no C2 & no C3

In questo universo di casi, la libertà di informazione solo non è vietata nel caso 2). Fortunatamente, entrambi gli universi di casi sono compatibili e si produce un conflitto solo tra il caso 1) del primo ed il caso 1) del secondo universo. Mentre il primo universo di casi implica che nel caso 1) del secondo universo l'informazione è facoltativa, con riguardo al secondo universo di casi è proibita. Per di più se un Tribunale non si fosse mai pronunciato su di un caso nel quale siano state utilizzate delle espressioni ingiuriose, le due tesi sarebbero perfettamente in grado di descrivere i casi realmente accaduti nel passato. Quando il Tribunale affronta un caso di espressioni ingiuriose, può utilizzare quella che nell'ambito del precedente è conosciuta come la tecnica del *distinguishing*, in tal modo, pur rispettando tutti i casi già decisi in passato, introduce un universo di casi più completo, risolve il caso attuale e stabilisce un criterio per risolvere casi futuri³⁶.

³⁵ Cfr. la STC 105/1990, 6 giugno.

³⁶ Sulla questione della "raffinatezza" degli universi di casi, cfr. C. E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*, cit., cap. VI e J. J. Moreso, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, cap. IV. In questo senso, è d'accordo con la seguente osservazione di Dworkin: "It condemns the practice of making decisions that seem right in isolation, but cannot be brought within some comprehensive theory of general principles and policies that is consistent with other decisions also thought right". R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 87.

6. L'ideale della completezza normativa

Potrebbe essere utile, a questo punto, fare riferimento ad una teoria di R. M. Hare³⁷. Hare distingue tra il livello *intuitivo* ed il livello *critico* della moralità. Al livello intuitivo abbiamo solamente un insieme inarticolato di principi morali *prima facie*. Questo comporta la possibilità di conflitti tra detti principi e, anche, l'incapacità dell'intuizione di risolvere detti conflitti. Al livello critico, al contrario, costruiamo questi principi in modo che sia possibile considerare le proprietà morali che teniamo in considerazione come *sopravvenienti*, se l'azione individuale *a* è corretta, dato che possiede le proprietà P1, P2 e P3, allora l'azione individuale *b*, che possiede le stesse proprietà è anch'essa necessariamente corretta. È ovvio che, da un lato, il livello critico della moralità è solo una *idealizzazione* della nostra pratica come giudici morali e, dall'altro, che, solo con una delimitazione delle proprietà che consideriamo rilevanti, detto livello può raggiungere i suoi obiettivi.

Detto ciò, il mio concetto di ponderazione può essere ben illustrato da queste idee di Hare. Da un lato, abbiamo i nostri testi costituzionali con un insieme di principi *prima facie*, che possono entrare in conflitto tra loro e che si presentano sullo sfondo di un contesto inarticolato. Si tratta della comprensione della Costituzione solamente al livello intuitivo, di qualcosa di simile a ciò che C. E. Alchourrón ha denominato il *Master Book*³⁸. Al livello critico, al contrario, i principi sono articolati in uno schema generale che dà una risposta univoca per ogni caso, poiché ogni caso individuale rappresenta un'istanza di un caso generico che mette in relazione il caso con una soluzione normativa, rendendo possibile in tal modo la sussunzione. Al livello critico la Costituzione costituisce, di nuovo nella terminologia di Alchourrón, un *Master System*, ovvero, un sistema normativo capace di offrire delle risposte consistenti e complete per tutti i casi.

È ovvio che si tratta solamente di una idealizzazione³⁹. Come ho dimostrato nel caso del conflitto tra la libertà di informazione ed il diritto all'onore, è possibile che ci siano diverse maniere di realizzare il passaggio tra la *Book Constitution* e la *Master Constitution*, ovvero, che la nostra Costituzione esprima non una ma diverse idealizzazioni possibili. In questo senso può dirsi che alcuni risultati restano indeterminati. Tuttavia, è importante rendersi conto del fatto che se è possibile paragonare tra loro gli universi di casi rilevanti, allora è molto probabile che detta indeterminazione riguardi solo alcuni casi, mentre altri casi sono determinati in maniera univoca perché presentano la stessa soluzione, per dir così, in tutte le *Master*

³⁷ R. M. Hare, *Moral Thinking*, Oxford University Press, Oxford, 1981, cap. 5.

³⁸ C. E. Alchourrón, *Law and Logic*, cit..

³⁹ Cfr. Le importanti riflessioni di C. E. Alchourrón e E. Bulygin nel cap. IX di *Normative Systems*, cit., nel senso che l'ideale di completezza normativa è un ideale di razionalità: un'istanza dell'ideale più generale ancora secondo cui: *nihil est sine ratione*, un'istanza del principio leibniziano di ragione sufficiente. Per esempio, (cito nella versione castellana *Una introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, pp. 231-232): "...l'ideale della completezza normativa, cioè, l'esigenza che i sistemi normativi siano completi nel senso che risolvano tutti i casi, presuppone che tutti i casi siano *risolvibili*. (...) Dire che tutti i casi sono risolvibili significa che per ogni caso c'è o è possibile costruire un sistema normativo tale che lo metta in relazione con una soluzione. L'ipotesi di caso non risolvibile, cioè, di situazioni nelle quali non c'è ragione (né possono essercene) per scegliere questo o quel corso d'azione, situazioni in cui ogni scelta è essenzialmente arbitraria, è tanto irrazionale, tanto intollerabile per la ragione, come l'idea di fenomeni inspiegabili (fenomeni non causati da niente)".

Constitutions ammissibili. I casi di indeterminazione possono essere contemplati come casi nei quali i valori che si trovano alla base dei principi in conflitto sono *incommensurabili*. Ovvero, un caso è indeterminato quando ci sono diverse gerarchie ammissibili che conducono a soluzioni incompatibili per quel caso, e nessuna di esse è privilegiata. Secondo questa concezione, detta indeterminazione è simile alla indeterminazione semantica prodotta dalla vaghezza. Dire che è vago che *x* è ricco equivale a dire che tra le forme ammissibili di precisare il predicato “essere ricco” in una *x* è ricco ed in altre *x* non è ricco⁴⁰. Dire, allora, che è indeterminato che *A* è obbligatorio in accordo con un sistema normativo, è dire che in alcune delle idealizzazioni o articolazioni ammissibili di detto sistema *A* è obbligatorio ed in altre *A* non è obbligatorio⁴¹.

Ritorniamo, per finire, alla posizione di Guastini sulla ponderazione. Rispetto al soggettivismo radicale che minaccia detta operazione, la mia posizione è che non qualsiasi gerarchia assiologica possibile tra i principi è ammissibile. In relazione con la *mobilità* delle gerarchie la mia posizione è più sfumata: dato che ci sono diverse gerarchie ideali dei nostri principi in conflitto, c'è un certo grado di indeterminazione nella applicazione dei principi in conflitto, ma la mobilità non suppone l'incapacità di convertire la ponderazione in una operazione di *sussunzione*. La razionalità sussuntiva è, a mio avviso, un presupposto necessario per la giustificazione di tutte le nostre decisioni⁴². È possibile, tuttavia, che non sempre ci si trovi in condizione di articolare consistentemente i nostri giudizi, che le nostre intuizioni siano opache al compito di articolare, e, chiaramente, è anche possibile che non ci interessi giustificare alcune delle nostre decisioni (il che accade, in generale, quando scegliamo il vino per la cena o la cravatta che indosseremo per un determinato giorno, ma se volessimo giustificare dette decisioni, dovremmo affrontare un qualche tipo di attività generalizzante che finirebbe nella sussunzione). Tuttavia, nella misura in cui riusciamo ad isolare un insieme di proprietà rilevanti, siamo pronti ad offrire soluzioni per tutti i casi, sebbene dette soluzioni possono essere messe in questione se poniamo in dubbio la adeguatezza del criterio attraverso cui abbiamo selezionato le proprietà rilevanti.

Idealmente il giudice costituzionale che applica principi costituzionali opera con un insieme delimitato di proprietà rilevanti che permettono di mettere in relazione in

⁴⁰ Un'impostazione simile a questa appare nelle concezioni super-evaluazioniste della vaghezza, cfr. H. Melberg, *The Reach of Science*, Toronto University Press, Toronto, 1958, pp. 256-259; B. C. van Fraassen, *Singular Terms, Truth-Value Gaps and Free Logic*, in “The Journal of Philosophy”, 63, 1966, pp. 136-152; K. Fine, *Vagueness, Truth and Logic*, in “Synthese”, 30, 1975, pp. 265-300; M. Dummett, *Truth and Other Enigmas*, Duckworth, London, 1978, pp. 340-342; D. Lewis, *General Semantics*, in Id., *Philosophical Papers. Vol. III*, Oxford University Press, Oxford, 1983, pp. 189-232; T. Williamson, *Vagueness*, Routledge, London, 1994, cap. 5; R. M. Sainsbury, *Paradoxes*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, cap. 2; R. Keefe, P. Smith, *Introduction: Theories of Vagueness*, in R. Keefe and P. Smith (eds.), *Vagueness: A Reader*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1996, pp. 1-57.

⁴¹ La qual cosa presuppone un approccio *semantico* dell'incommensurabilità come, per esempio, in R. A. Sorensen, *Moral Dilemmas, Thought Experiments, and Conflict Vagueness*, in “Philosophical Studies”, 63, 1991, pp. 291-308 ed in J. Broome, *Is Incommensurability Vagueness?*, in R. Chang (ed.), *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1998, pp. 67-89. Ho difeso un tentativo simile in J. J. Moreso, *Incommensurability in Law as Legal Indeterminacy*, in *Jurisprudence on the Continent. Symposium on analytical jurisprudence*, St. Catherine's College, Oxford, February 13, 1999. Altri autori concepiscono l'incommensurabilità come un fenomeno *ontologico* (relativo ad alcune proprietà del mondo valutativo in sé) e, pertanto, rifiutano questo approccio. Cfr. per esempio, J. Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1986, cap. 13 e J. Dancy, *Moral Reasons*, cit., pp. 123-125.

⁴² Come Joseph Raz ha scritto di recente: “The intelligibility of value exerts a strong pressure towards some sort of generalization”, Id., *The Truth in Particularism* in J. Raz, *Engaging Reason. On The Theory of Value and Action*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 220.

maniera univoca determinati casi generici con le loro soluzioni giuridiche. La ponderazione consiste nella articolazione di questo insieme di proprietà rilevanti, nella esplicitazione delle condizioni di applicazione che previamente erano solo implicite. Una volta realizzato questo compito, l'applicazione dei principi consisterà nella sussunzione di casi individuali in casi generali. Se la applicazione del Diritto consiste nel risolvere casi individuali mediante l'applicazione di enunciati generali, allora – per ragioni concettuali – non è possibile applicare il Diritto senza la sussunzione.