

[...]

2. Tre modelli di bilanciamento

Per comprendere che tipo di concezione dell'interpretazione sistematica sia più coerente con le riflessioni di Alexy in tema di bilanciamento tra i principi e, soprattutto, perché l'autore considererebbe l'equilibrio ristretto sia un criterio di giustificazione troppo esigente mostrerò che vi sono differenti teorie del bilanciamento, che soltanto una di esse è ritenuta dall'autore accettabile, mentre uno dei due modelli di bilanciamento rifiutati da Alexy ha molti tratti in comune col (e giunge al medesimo 'risultato' del) metodo dell'equilibrio riflessivo ristretto.

Secondo Alexy i principi del diritto 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 dai giudici e dai giuristi in tutti gli Stati Costituzionali occidentali, cioè il criterio cronologico, quello gerarchico e quello di specialità, criterio che consente di introdurre un'eccezione non prevista ad una norma valida²⁸³. Le antinomie tra principi si risolvono, invece, tramite il criterio della ponderazione o del bilanciamento²⁸⁴. 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. Bilanciare vuol dire, semplicemente, introdurre una gerarchia assiologica (o relazione di precedenza) tra due principi, cioè indicare le condizioni in presenza delle quali un principio prevale sull'altro. Se in relazione ad un caso concreto C – l'ipotesi di un conducente di automobile che ha assunto psicofarmaci prima di mettersi alla guida della sua auto – il giudice Parker stabilisce che il principio A, che tutela l'integrità psicofisica 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

²⁸³ R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, trad. cast. di E. Garzón Valdés (*Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1986, I ed. 1985), pag. 88.

²⁸⁴ R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pag. 89 e ssgg.

presupposto di fatto di una regola che esprime la conseguenza giuridica del principio prevalente, ad esempio ‘Se C, allora R’²⁸⁵.

Ora secondo Alexy 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 priori²⁸⁶ 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 invertita²⁸⁷. È, in altri termini, quella che Guastini chiamerebbe una gerarchia assiologica mobile²⁸⁸.

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. Secondo la prima tesi 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 Alchourrón²⁸⁹, 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 (non tutte ma) alcune di queste condizioni presupposte non possono mai essere del tutto esplicitate. In particolare Alexy condivide il nocciolo di significato di una teoria particolarista in senso debole, una teoria metaetica che già conosciamo.

Secondo la mia ricostruzione della tesi di Alexy, che al riguardo è piuttosto laconico, le condizioni implicite nell’antecedente (della regola che stabilisce la priorità tra principi in conflitto) che non possiamo totalmente esplicitare, cioè che non possiamo determinare a priori, sono certe condizioni di carattere teorico ed empirico, cioè alcune di quelle assunzioni teoriche ed empiriche che saranno accettate dagli scienziati tra cento o mille anni, quando nuove scoperte falsificheranno alcune credenze oggi condivise dalla comunità scientifica. Al contrario né Alexy né il 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

²⁸⁵ Vedi R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 94.

²⁸⁶ R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pag. 100.

²⁸⁷ R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pag. 93, 96 e 97.

²⁸⁸ Vedi R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 302-304 e *Principi del diritto e discrezionalità giudiziale*, “Diritto Pubblico”, 3, 1998, pp. 651-659. A rigore, la nozione di ‘relazione di precedenza relativa soltanto ad alcune delle circostanze in relazione alle quali i due principi possono confliggere’ coincide soltanto con una *possibile interpretazione* della nozione guastiniana di ‘gerarchia assiologica mobile’.

²⁸⁹ Su tale definizione vedi il § 4.1 del Cap. II della 1° Parte, e la letteratura ivi citata.

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. Ciò implica che, dato un insieme di credenze teoriche ed empiriche di sfondo, è perfettamente possibile costruire regole, risultato del bilanciamento tra due principi in conflitto, definitive o 'all things considered', cioè che tengano conto di tutte le proprietà che siano condizione sufficiente del prevalere di un principio sull'altro.

Tale interpretazione delle affermazioni di Alexy è l'unica, del resto, coerente con altre affermazioni dell'autore secondo il quale la legge di collisione tra principi è una regola che, quando si danno le condizioni, dispone la conseguenza giuridica del principio che prevale²⁹⁰, affermazioni che implicano la possibilità di applicare una razionalità sussuntiva, nonché l'unica interpretazione coerente con l'idea, sostenuta dall'autore tedesco, secondo la quale il bilanciamento deve essere razionalmente giustificato, dunque soggetto ai vincoli di una procedura argomentativa razionale, tra cui anche il principio di generalizzabilità.

La seconda caratteristica della regola risultato del bilanciamento tra principi, secondo Alexy, è che essa 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.

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, cioè alcune assunzioni teoriche ed empiriche, che non possiamo interamente esplicitare. E tuttavia la maggior parte delle ragioni che individuano proprietà rilevanti in relazione al conflitto tra principi in competizione – cioè 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.

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.

Ora, come emergerà meglio in seguito, la tesi sostenuta da Alexy, secondo la quale la regola risultato del bilanciamento tra principi impone (e deve imporre) una relazione di precedenza *relativa* soltanto ad alcuni tra i casi (generici) in relazione ai quali due principi possono confliggere, implica che il giudice debba individuare un insieme di proprietà che, date le assunzioni teoriche ed empiriche di sfondo, sia condizione sufficiente del prevalere di un principio sull'altro. Questo, tuttavia, non vuol dire che il giudice debba individuare tutti gli insiemi di

²⁹⁰ R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pag. 159.

proprietà che siano condizioni (*disgiuntamente*) *sufficienti* del prevalere di un principio sull'altro.

Per comprendere per quale ragione, secondo Alexy, il giudice non debba individuare tutte le proprietà (o gli insiemi di 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.

Per bilanciamento 'ad hoc' intendo l'attività o l'argomentazione con la quale un giudice (o un giurista) stabilisce una legge di collisione tra due principi del diritto in competizione, ad esempio due principi costituzionali oppure due principi impliciti in (o soggiacenti ad) un settore giuridico dell'ordinamento o nel sistema nel suo complesso, che abbia due caratteristiche. Tale gerarchia (tra i due principi in competizione) non risolve, né aspira mai a risolvere, tutti i casi di antinomie tra i suddetti principi, essendo, per sua natura, diretta a risolvere un singolo caso (concreto o generico). In secondo luogo il bilanciamento così effettuato non viene 'razionalmente giustificato' ovvero non soddisfa, in modo sufficiente, le regole di un'argomentazione razionale. La denominazione 'ad hoc' dipende proprio dal fatto che spesso tale gerarchia (tra i due principi in competizione) è costruita solo al fine di risolvere uno specifico caso concreto, in quanto le ragioni (se ve ne sono) utilizzate al fine di giustificare la decisione del caso non hanno la pretesa di essere universalizzabili, cioè di valere per tutti i casi futuri che abbiano le medesime caratteristiche rilevanti.

Tale definizione, piuttosto vaga, individua quello che possiamo chiamare il 'concetto', il nocciolo comune di significato, di bilanciamento 'ad hoc'. Concetto che può essere, e viene di fatto, interpretato in modi differenti, dando luogo a differenti tipologie (ridefinizioni o concezioni) di bilanciamento 'ad hoc'.²⁹¹

In particolare possiamo distinguere almeno *due ipotesi* di bilanciamento 'ad hoc', che, per *ragioni differenti*, sono entrambe incompatibili con un bilanciamento razionalmente giustificato (o procedurale). Immaginiamo che Parker, giudice nel sistema giuridico X, debba risolvere il caso concreto, chiamiamolo Z, di un bambino che abbia attraversato una strada statale costruita a

²⁹¹ La (ri)definizione da me proposta di bilanciamento 'ad hoc' è una rielaborazione critica, cioè una definizione esplicativa, di una tecnica di bilanciamento molto nota e utilizzata dalla giurisprudenza costituzionale e dalla dottrina costituzionalistica americana. Si tratta di una rielaborazione critica che, da un lato, cerca di superare alcune ambiguità sottese nel modo in cui i teorici americani costruiscono la distinzione stessa, dall'altro mi sembra colga il nucleo essenziale delle differenti definizioni e tipologie di bilanciamento ad hoc. L'essere, cioè, l'ad hoc balancing, un candido e attento soppesare degli interessi in gioco nel caso specifico, come prospettato dinanzi (e dal) la Corte, nel quale non viene chiaramente enunciata *la regola*, risultato del bilanciamento tra principi costituzionali, applicabile al caso in oggetto e ai casi futuri o, peggio, non viene esplicitato uno dei due principi costituzionali oggetto del bilanciamento. Vedi R. Bin, *Diritti e argomenti*, Giuffrè, Milano, 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.

pochi passi da un villaggio turistico. Il bambino viene investito da un'automobile che non superava il limite di velocità consentito di 50 km/h e il cui conducente era ubriaco. Supponiamo ancora che nel sistema giuridico X si tratti di un settore normativo non disciplinato. Secondo *la prima ipotesi* di bilanciamento 'ad hoc' il giudice Parker individua, al fine di risolvere il caso Z, una regola del tipo:

'È illecito guidare un'automobile in una strada statale, (1) sebbene il conducente non superi la velocità di 50 km/h, (2) l'automobile sia in buone condizioni, (3) qualora lo stato psico-fisico del conducente non sia normale'

Caratteristica di questa prima, e piuttosto diffusa, tipologia di 'ad hoc balancing' è che la regola che ne risulta è aperta a possibili eccezioni e distinguishing, eccezioni che consentono di non applicare, a casi futuri, la conseguenza giuridica prevista (è illecito guidare) pur essendo presenti tutte (e tre) le proprietà indicate. Al contrario al fine di elaborare una regola, risultato del bilanciamento, *indefettibile* (s'intende, dato un insieme chiuso e definito di assunzioni teoriche ed empiriche) il giudice avrebbe dovuto individuare l'insieme delle proprietà (ancorché indeterminate) che sono considerate rilevanti, all'interno della comunità giuridica di appartenenza, nei casi di antinomie tra i due principi, proprietà che potrebbero rovesciare il bilanciamento. Perché l'insieme di proprietà rilevanti individuato dal giudice Parker non è esaustivo dei casi di antinomie tra i principi in conflitto?

Il giudice Parker ha opportunamente 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'. Come può il giudice sapere che l'azione di guidare un'automobile in buone condizioni, entro il limite previsto, in assenza di uno stato psico-fisico normale, debba considerarsi necessariamente illecita?

Solo dopo aver individuato anche le altre proprietà, ad esempio l'essere il tempo atmosferico pessimo o il manto stradale in cattive condizioni, avere accertato l'assenza, nel caso concreto in oggetto, di tali circostanze e valutato che la presenza di un tempo atmosferico *buono* non modifica affatto il bilanciamento nel caso di guida di un'automobile in buone condizioni e il cui conducente ha uno stato psico-fisico *anormale* (in quanto la presenza di un tempo atmosferico favorevole offre una ragione in favore del diritto alla libertà di circolazione che non prevale sull'*anormalità* dello stato psico-fisico del conducente) allora il giudice Parker avrebbe compiuto un passo ulteriore verso la giustificazione razionale del bilanciamento.

Dopo l'individuazione delle altre proprietà rilevanti la regola assumerebbe la forma seguente: '*È illecito guidare un'automobile in una strada statale (1) sebbene il conducente non superi la velocità di 50 km/h, (2) l'automobile sia in buone condizioni, (3) il manto stradale in buone condizioni, e sebbene (4) il tempo atmosferico sia in buone condizioni, qualora (5) lo stato psico-fisico del conducente non sia normale*'. In questo modo il giudice Parker avrebbe individuato *un caso generico* facendo riferimento ad un insieme di proprietà rilevanti (sebbene aventi un alto, o eccessivo, grado di indeterminatezza) che, date le assunzioni teoriche ed empiriche di sfondo, sono condizioni congiuntamente *sufficienti* per il prodursi di una determinata conseguenza giuridica. Ad esempio,

se le proprietà rilevanti sono *cinque* – velocità moderata/non moderata, normalità/anormalità dello stato psico-fisico del conducente, buone/cattive condizioni dell'automobile, del manto stradale e del tempo atmosferico – il caso generico che il nostro giudice Parker si appresta a risolvere è racchiuso dalle seguenti proprietà: velocità moderata, stato psicofisico anormale, buone condizioni del veicolo, del manto stradale e del tempo atmosferico²⁹².

²⁹² In realtà per aversi un bilanciamento razionalmente giustificato, anziché un 'bilanciamento ad hoc', non è sufficiente che il giudice individui una o più proprietà rilevanti che sono condizioni congiuntamente sufficienti per il prevalere di un principio sull'altro. È necessario che tali proprietà siano sufficientemente determinate ovvero che il loro contenuto sia determinabile.

Riprendiamo l'esempio della regola del giudice Parker *'È illecito guidare un'automobile in una strada statale (1) sebbene il conducente non superi la velocità di 50 km/h, (2) l'automobile sia in buone condizioni, (3) il manto stradale in buone condizioni, e sebbene (4) il tempo atmosferico sia in buone condizioni, qualora (5) lo stato psico-fisico del conducente non sia normale'*. Tale regola, così esposta, non può essere considerata indefettibile (dato, s'intende, un insieme di assunzioni teoriche ed empiriche) perché le proprietà individuate, nel nostro esempio, posseggono un elevato (o eccessivo) grado di indeterminatezza. Se è vero, infatti, 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'. Ad esempio, l'essere ubriaco può considerarsi una proprietà sufficientemente determinata che, da sola, è sufficiente a produrre uno stato psico-fisico anormale. Se il giudice Parker non chiarisce, nel caso concreto Z, che l'ubriachezza del conducente è qualificabile, in modo incondizionato, come uno stato psico-fisico anormale, cioè che l'ubriachezza del conducente è condizione sufficiente (dunque, senza eccezioni) del prodursi della proprietà 'stato psicofisico anormale', allora è possibile che in futuro il caso di un bambino investito da un'automobile guidata da un conducente ubriaco non venga sussunto all'interno della regola da lui elaborata, cioè che la regola sia defettibile.

Ho sostenuto che un ulteriore passo verso un bilanciamento razionalmente giustificato è che la regola elaborata dal giudice, gerarchia assiologica tra due principi, contenga un insieme di proprietà sufficientemente determinate, o il cui contenuto sia determinabile, che siano condizioni sufficienti del prevalere di un principio sull'altro. Ora il contenuto di una proprietà, sebbene 'prima facie' indeterminato, è determinabile, quando esso sia determinato indirettamente dal giudice nel corso dell'argomentazione. Vediamo in che senso.

A differenza della proprietà 'ubriachezza del conducente' la proprietà 'tempo atmosferico buono' è piuttosto indeterminata. Ora il contenuto di tale proprietà è 'determinabile', cioè determinato indirettamente, quando il giudice argomenta che la regola che incorpora tale proprietà vale, cioè non va incontro ad eccezioni, con riguardo a *tutti i significati* (anche quelli considerati incerti o dubbi) che vengono attribuiti, all'interno della comunità di appartenenza del giudice, alla nozione 'tempo atmosferico buono'. Quando, cioè, il giudice precisa che la nozione si applica non soltanto ai casi (considerati nella comunità di appartenenza) paradigmatici di estensione del sintagma 'tempo atmosferico buono', ma anche a tutti i casi dubbi o controversi.

Il fatto che il giudice debba individuare *un* insieme di proprietà 'sufficientemente determinate', o il cui contenuto sia determinabile, che siano condizione sufficiente del prevalere di un principio sull'altro non vuol dire, come già detto, individuare *tutti* gli insiemi di proprietà sufficientemente determinate, o il cui contenuto sia determinabile, che siano condizione sufficiente della prevalenza di un principio sull'altro. In altri termini, al fine di risolvere, in modo razionale, il caso concreto Z, non è necessario individuare altre proprietà, sufficientemente determinate, che siano condizione sufficiente per il prodursi di 'uno stato psico-fisico anormale', cioè la proprietà rilevante indeterminata, e che siano *logicamente indipendenti* e/o *logicamente dipendenti* da quelle individuate. Ad esempio l'assunzione di un quantitativo y di alcol o l'assunzione dello psicofarmaco w potrebbero produrre, entrambe, uno stato psico-fisico anormale, ma sono proprietà tra loro 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

Tuttavia, anche se il giudice Parker individua, in modo corretto, un (singolo) caso generico (facendo riferimento, nei limiti delle assunzioni teoriche ed empiriche di sfondo, a tutte le proprietà rilevanti, anche aventi un grado sufficiente di determinatezza), ciò non vuol dire che il bilanciamento sia 'razionalmente giustificato'. Vi è, infatti, una *seconda* tipologia di bilanciamento ad hoc, che dipende da un'ulteriore ragione di incompatibilità tra bilanciamento ad hoc e giustificazione razionale. Perché si abbia un bilanciamento ad hoc, in questo secondo senso, è sufficiente che l'individuazione da parte del giudice di un insieme di proprietà da lui ritenuto condizione sufficiente del prevalere dell'integrità psicofisica sulla libertà di circolazione abbia carattere *intuitivo*²⁹³. Perché l'individuazione di tali proprietà abbia carattere intuitivo è sufficiente che l'argomentazione con la quale il giudice esplicita tali circostanze non soddisfi in modo sufficiente le regole di un'argomentazione razionale, perché, ad esempio, il giudice Parker non offre delle *ragioni* che giustificano l'attribuzione di un determinato valore a quelle proprietà, ovvero perché le ragioni da lui offerte si fondano su premesse empiriche ritenute dalla comunità scientifica di riferimento false, ovvero perché si tratta di ragioni incoerenti tra loro e/o che non offrono una *risposta soddisfacente* a dubbi, critiche e obiezioni concernenti la tesi e avanzati da altri giudici (e/o giuristi).

Per bilanciamento definitorio o categoriale si intende, invece, l'attività o l'argomentazione con la quale un giudice o un giurista stabilisce una legge di collisione tra due principi del diritto in competizione, ad esempio due principi costituzionali oppure due principi impliciti in (o soggiacenti ad) un settore giuridico dell'ordinamento o nel sistema nel suo complesso, qualora il suddetto interprete costruisca la regola che determina la precedenza di un principio

che possenga soltanto una di esse. L'una non implica l'altra né la esclude. Al contrario l'esistenza nel caso concreto Z di una proprietà come 'presenza nel sangue del conducente del 2% di alcol' (che implica l'ubriachezza) include l'esistenza della proprietà 'presenza nel sangue del conducente dell'1% di alcol'. In tal senso l'una è logicamente dipendente dall'altra.

La conclusione è che se il giudice ha già accertato che il conducente era ubriaco (e non vuole operare un bilanciamento 'definitorio'), e che l'ubriachezza è condizione sufficiente del prodursi di uno stato psico-fisico anormale, non deve, al fine di effettuare un bilanciamento razionalmente giustificato diretto a risolvere il caso Z, necessariamente accertare la presenza, nel caso concreto, di altre proprietà rilevanti logicamente indipendenti, né valutare se queste siano condizione sufficiente del prodursi di uno stato psico-fisico anormale. Ad esempio non è necessario valutare se il conducente aveva assunto psicofarmaci o se soffrisse di epilessia, né se l'epilessia sia *condizione sufficiente* del prodursi di uno stato psico-fisico anormale. Per le medesime ragioni il giudice non deve (accertare la presenza e) valutare se altre proprietà logicamente dipendenti siano condizione sufficiente del prodursi di uno stato psico-fisico anormale. In altri termini, a differenza di quanto avverrebbe in un bilanciamento definitorio, 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 ubriaco', condizione sufficiente perché si abbia uno 'stato psico-fisico anormale'.

²⁹³ "Efectivamente, si la ponderación consistiera simplemente en la formulación de un enunciado de preferencia de este tipo (bajo las circunstancias C el principio x precede el principio y) y, con ello, en la determinación de la regla referida al caso que de ella se sigue ('Si C, entonces R'), no sería entonces un procedimiento racional. La determinación de la preferencia condicionada podría ser realizada intuitivamente". Vedi R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 158.

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). In questo caso accoglierò una concezione del bilanciamento definitorio compatibile con alcuni requisiti di una giustificazione razionale.

Sulla base di tale concezione il giudice non si limita ad individuare un insieme di proprietà sufficientemente determinate, o il cui contenuto sia determinabile, che sia condizione sufficiente del prevalere di un principio sull'altro, ma individua tutte le proprietà, sufficientemente determinate, che siano condizioni disgiuntamente sufficienti (dato, 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, rilevanti²⁹⁴. 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 un’automobile in una strada statale, 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 di 50 km/h ecc...’

c) per bilanciamento ragionevolmente definitorio o categoriale in senso debole s'intende, invece, l'attività o l'argomentazione con la quale un giudice o un giurista stabilisce una legge di collisione tra due principi del diritto in competizione, ad esempio due principi costituzionali oppure due principi impliciti in (o soggiacenti ad) un settore giuridico dell'ordinamento o nel sistema nel suo complesso, che abbia due caratteristiche. Tale gerarchia (tra i due principi in competizione) non integra i requisiti di un bilanciamento categoriale, cioè non offre una soluzione normativa per *tutti* i casi di conflitto tra i suddetti principi. In

²⁹⁴ Anche la definizione da me proposta di bilanciamento ‘definitorio’ – come quella di bilanciamento ‘ad hoc’ – trae ispirazione da, e costituisce una rielaborazione critica di, una tecnica di bilanciamento molto nota e utilizzata dalla giurisprudenza costituzionale e dalla dottrina costituzionalistica americana. E tuttavia, mentre la mia definizione di ‘ad hoc balancing’ coglie il nucleo essenziale delle differenti definizioni e tipologie di bilanciamento ad hoc, la mia definizione di bilanciamento ‘definitorio o categoriale’ ha un carattere maggiormente stipulativo, nel senso che si allontana in misura maggiore da ciò che nella dottrina e giurisprudenza costituzionale, non solo americana, s'intende con ‘bilanciamento definitorio’. Possiamo dire che ciò che io definisco come ‘bilanciamento definitorio’ è solo una sottoclasse di ciò che la dottrina costituzionalistica intende con ‘bilanciamento definitorio’, essendo quest’ultimo un insieme talmente ampio, e indeterminato, da ricomprendere anche ciò che io definisco come ‘bilanciamento categoriale in senso debole’. Per un approfondimento della distinzione tra ‘proprietà indeterminate’ e/o ‘sufficientemente determinate’ e tra proprietà ‘logicamente dipendenti/indipendenti’ l’una dall’altra vedi la nota 292.

secondo luogo il bilanciamento così effettuato viene 'razionalmente giustificato' ovvero soddisfa, in modo sufficiente, le regole di un'argomentazione razionale.

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. È una tesi descrittiva della pratica diffusa tra i tribunali costituzionali e ordinari perché Alexy rileva, correttamente, che la stragrande maggioranza dei giudici rifiutano forme di bilanciamento 'definitorio' o 'categoriale', preferendo forme di bilanciamento 'ad hoc' oppure di tipo 'categoriale in senso debole'.

È una tesi normativa perché non ci sono ragioni sufficienti, 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, cioè, per i cittadini 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 tutelato²⁹⁵.

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 coerente con la teoria di Alexy – adotta un compromesso equilibrato tra i valori della certezza del diritto, della razionalità argomentativa e 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, è, 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 rappresenta un'antinomia tra principi in competizione è un ideale che non

²⁹⁵ 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.

possiamo imporre a soggetti – i giudici – che agiscono in condizioni reali e non ideali²⁹⁶.

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 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, ~ A, B, ~ B, C, ~ C, D, ~ D il principio p prevale sul principio q in presenza delle condizioni A¹, A², ~ B¹, C¹, C², ~ D¹, proprietà che (date le assunzioni teoriche ed empiriche attualmente condivise dalla comunità del discorso, sono conosciute o ragionevolmente conoscibili) rappresentano condizioni sufficienti del prodursi, rispettivamente, dell’insieme di proprietà A, ~ B, C, ~ D, 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 A³, C³, ecc..., che sono condizione disgiuntamente sufficiente del darsi delle proprietà A, B, C, D.

Assunto che il principio p prevale sul principio q in presenza delle proprietà A¹, A², ~ B¹, C¹, C², ~ D¹, la regola, risultato della ponderazione tra il principio p e il principio q, è che ‘Se A¹, A², ~ B¹, C¹, C², ~ D¹, allora Y’. Ciò implica che dato un insieme di assunzioni teoriche ed empiriche è possibile costruire leggi di collisione o relazioni di precedenza tra principi che non siano ‘prima facie’, in quanto possiamo applicare sia la regola del modus ponens che la regola del rinforzo dell’antecedente, anche se tali leggi di collisione sono inidonee a risolvere ogni caso concreto di antinomia tra i principi in conflitto, in quanto esse non individuano tutti gli insiemi di proprietà (o le proprietà), rilevanti e sufficientemente determinate, che sono condizioni disgiuntamente sufficienti del prodursi della conseguenza Y.

In ultima analisi dopo aver qualificato la teoria del bilanciamento di Alexy come particolarista in senso debole e come pragmatica, alla luce delle considerazioni fatte sopra, possiamo definirla come una teoria del bilanciamento *di tipo procedurale*.

Una teoria del bilanciamento è definibile come procedurale quando l’argomentazione con la quale il giudice stabilisce, e giustifica, l’imposizione di un

²⁹⁶ Tale conclusione è fatta propria da José Juan Moreso quando accetta l’idea che la gerarchia assiologica tra principi sia mobile. Vedi J. J. Moreso, *Conflitti tra principi costituzionali*, “Ragion Pratica”, 18, 2002 (pubblicato altresì in “Diritto e Questioni Pubbliche”, 2, 2002 URL: <http://www.dirittoquestionipubbliche.org>), pag. 220.

ordine di priorità tra principi del diritto (ad esempio costituzionali) in competizione 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:

Teorie procedurali e teorie scettiche del bilanciamento

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 deve essere giustificata razionalmente, cioè alla luce di tutte le (o del maggior numero possibile di) regole dell'argomentazione razionale, ivi compreso il principio di generalizzabilità. 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 un controllo razionale. Ergo l'argomentazione medesima non *deve* essere giustificata alla luce di tutte le (o del maggior numero possibile di) 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 'sufficientemente' razionale, cioè possedere tutti i requisiti o il maggior numero possibile di requisiti che integrano una giustificazione razionale.

Teorie particolariste (in senso debole) e teorie non particolariste (o deduttiviste)

'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.

Teorie pragmatiche e teorie non pragmatiche (definitorie)

Sono, infine, teorie del bilanciamento pragmatiche le teorie secondo le quali i giudici ordinari e costituzionali non usano, e/o non dovrebbero usare, forme di bilanciamento di tipo definitorio tout court, in luogo di bilanciamenti 'ad hoc' o di tipo categoriale in senso debole. Mentre sono teorie del bilanciamento 'non pragmatiche' le teorie secondo le quali i giudici usano (e/o dovrebbero usare) forme di bilanciamento di tipo definitorio o categoriale.