

*Bilanciamento ad hoc e bilanciamento definitorio.  
Bilanciamento “ragionevolmente definitorio”?  
Ponderazione fra principi e teoria  
dell’argomentazione giuridica  
nella ricerca di Giorgio Maniaci\**

**di Giulio Itzcovich**

0. *Premessa*

Vito Velluzzi ha presentato e discusso l’impianto generale della ricerca di Giorgio Maniaci<sup>1</sup>, io qui mi concentro su una parte specifica, la classificazione di tre forme di bilanciamento. Nei paragrafi che seguono, dopo aver introdotto i concetti di *ad hoc balancing*, *definitional balancing* e *categorical rule* così come conosciuti dalla cultura giuridica americana, presento le ridefinizioni di Maniaci (§ 1.), critico la sua definizione di bilanciamento ad hoc (§ 2.), critico la sua distinzione fra ‘bilanciamento definitorio’ e ‘bilanciamento ragionevolmente definitorio’ (§ 3.), propongo una diversa ipotesi ricostruttiva (§ 4.). Avanzo infine qualche osservazione sull’ideale regolativo di Maniaci (§ 5.) e più in generale sull’ideale regolativo che identifica la teoria dell’argomentazione giuridica *tout court* – l’ideale di un’argomentazione delle sentenze quanto più possibile completa e coerente, trasparente e ragionevole (§ 6.).

Il *discussant* ha il compito istituzionale di discutere, di muovere critiche. La critica, se non vuole restare un esercizio retorico, deve prendere sul serio il proprio oggetto. A me pare che la ricerca di Maniaci si lasci facilmente prendere sul serio e spero che dai paragrafi che seguono emergano con chiarezza le buone ragioni per accogliere con interesse questa proposta teorica: di qui allora l’opportunità di una critica puntuale, che apra la possibilità di revisioni, sviluppi e soprattutto di una chiarificazione dei presupposti (di Maniaci e del *discussant*).

---

\* Il testo riproduce, parzialmente, la relazione tenuta in occasione del I Seminario dei giovani ricercatori di Filosofia del diritto, dal titolo “Teoria del diritto e del ragionamento giuridico”, svoltosi a Palermo il 12/4/2002.

<sup>1</sup> Vedi V. Velluzzi, *Quale ruolo per l’equilibrio riflessivo nel ragionamento giudiziale? Commento a Maniaci*, in questo fascicolo e G. Maniaci, *Il ruolo dell’equilibrio riflessivo nel ragionamento giudiziale*, tesi di dottorato (parzialmente) pubblicata in questo fascicolo. La tesi che si pubblica in questo numero è la medesima presentata dall’autore a conclusione del corso di dottorato in “Filosofia analitica e teoria generale del diritto”, Università Statale di Milano, XIV ciclo, salvo alcune modifiche, poche delle quali rilevanti. La modifica più importante riguarda il titolo originario che era “Il ruolo dell’equilibrio riflessivo nel ragionamento giuridico”.

## 1. *Ad hoc balancing vs. definitional balancing.* Maniaci sul bilanciamento

Nella cultura giuridica americana è comune la distinzione fra ‘bilanciamento ad hoc’ (*ad hoc balancing*) e ‘bilanciamento definitorio’ o ‘categoriale’ (*definitional balancing, categorical balancing*)<sup>2</sup>. Attraverso il bilanciamento ad hoc, il giudice decide valutando tutte le circostanze del caso, senza vincolare le proprie decisioni future ad uno standard di giudizio. Attraverso il bilanciamento definitorio, il giudice pure valuta tutte le circostanze del caso, ma definisce uno o più parametri in base ai quali valutare in futuro casi analoghi. I parametri possono essere generici o anche precisi, ma non possono essere una ‘*categorical rule*’ (o ‘per se rule’). In caso di *categorical rule*, infatti, siamo al di fuori di ciò che la cultura giuridica americana indica come ‘*balancing-test*’: in presenza di una *rule*, il giudice deve limitarsi ad accertare se ricorrono le circostanze indicate dalla *rule* e non fa riferimento a circostanze ulteriori a meno che non voglia modificare la regola (*overruling*) o distinguere il caso (*distinguishing*). A volte la distinzione fra ‘*ad hoc balancing*’, ‘*definitional balancing*’ e ‘*categorical rule*’ è incerta; se una questione debba essere decisa attraverso un bilanciamento oppure applicando una regola può essere oggetto di controversia e di decisione giudiziale<sup>3</sup>. Altre volte la distinzione è invece chiara, perché il giudice dichiara espressamente che la questione è decisa (o deve essere decisa) applicando un bilanciamento ad hoc, uno standard o una *categorical rule*.

La distinzione fra bilanciamento ad hoc e bilanciamento definitorio è rielaborata da Maniaci secondo due parametri: (a) grado di completezza e determinatezza dei criteri sulla risoluzione del conflitto elaborati dal giudice (grado di tipizzazione delle circostanze rilevanti in presenza delle quali un principio prevale sull’altro) e (b) maggiore o minore rispondenza alle regole di una procedura ar-

---

<sup>2</sup> Il concetto di *definitional balancing*, già abbozzato da L.B. Frantz, 1962, pp. 1434-5, è sviluppato da M.B. Nimmer, 1968, pp. 942-5, per correggere l’orientamento antigarantistico assunto dalla giurisprudenza della Corte Suprema in materia di libertà di espressione durante il maccartismo. In seguito, il bilanciamento ha avuto anche applicazioni di orientamento progressista o garantista, ad es. in materia di *due process*. Vedi in generale il bel saggio di T.A. Aleinikoff 1987. Sul bilanciamento nella dottrina costituzionalistica americana, vedi anche L. Henkin, 1978, P.M. McFadden 1988, K.M. Sullivan 1992, R.H. Pildes 1992, Id. 1994, S. Sheppard 1994. Nell’esperienza tedesca: C. Schmitt 1987, E.-W. Böckenförde 1991, K.-H. Ladeur 1984, R. Alexy 1986. Nell’esperienza italiana: R. Guastini 1996, pp. 142-5, Id. 1998, pp. 228-231, pp. 302-304, Id. 2001, pp. 163-6, R. Bin 1992 e G. Scaccia 1998. In teoria del diritto: R. Dworkin 1982, p. 90, R. Alexy 1986, M. A-tienza/J. Ruiz Manero 1994, J.J. Moreso 2002a, Id. 2002b, B. Celano 2002.

<sup>3</sup> Vedi ad esempio, in tema di V emendamento, *Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency*, 122 S. Ct. 1465 (2002), che ha ad oggetto la questione se le sentenze *First English Evangelical Lutheran Church of Glendale v. County of Los Angeles*, 482 US 304 (1987) e *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 505 U.S. 1003 (1992) avessero o meno modificato, imponendo una *categorical rule*, gli standard del bilanciamento “essenzialmente ad hoc” (in realtà definitorio), codificati dalla sentenza *Penn Central Transp. Co. v. New York City.*, 438 U.S. 104, 123-24 (1978) per la distinzione fra espropri e regolamenti normativi incidenti sul diritto di proprietà (in precedenza la questione era decisa attraverso un bilanciamento “autenticamente ad hoc”, a partire dalla laconica massima del giudice Holmes nel caso *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U.S. 393, 415 (1922): “if regulation goes too far it will be recognized as a taking”).

gomentativa razionale. Maniaci introduce inoltre una terza categoria, intermedia fra il bilanciamento ad hoc e il bilanciamento definitorio, il ‘bilanciamento ragionevolmente definitorio’ (o ‘categoriale in senso debole’).

Scopo di Maniaci è contribuire ad una sistematizzazione della teoria dell’argomentazione giuridica di Alexy, ma anche fornire 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”<sup>4</sup>.

## 2. *Bilanciamento ad hoc e procedura argomentativa razionale*

Maniaci definisce il ‘bilanciamento ad hoc’ come “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”<sup>5</sup>.

Maniaci individua poi due sotto-tipi di bilanciamento ad hoc. Chiamo il primo ‘Tipo A’. “La regola che risulta (dal bilanciamento) è aperta a possibili eccezioni e *distinguishing*, eccezioni che consentono di non applicare, a casi futuri, la conseguenza giuridica prevista (...) pur essendo presenti tutte (...) le proprietà indicate”. Nel ‘Tipo B’, invece, il giudice individua quelle che egli ritiene essere le proprietà che sono condizioni sufficienti della prevalenza di un principio sull’altro, ma “l’argomentazione con la quale il giudice esplicita tali circostanze non soddisfa in modo sufficiente le regole di un’argomentazione razionale”, perché ha carattere “intuitivo”.

Guardando al Tipo A, non mi sembra che la caratteristica della regola di collisione che risulta dal bilanciamento ad hoc possa essere individuata nella possibilità di eccezioni e *distinguishing*. Non è infatti chiaro quale tipo di norma – e in particolare quale tipo di regola sui conflitti fra principi elaborata da un giudice – non presenti queste caratteristiche. Forse si può invece dire che nel bilanciamento ad hoc la regola di collisione è una decisione particolare e concreta, relativa al caso deciso, non una norma generale e astratta (destinata a regolare casi analoghi che si presentino in futuro), suscettibile di eccezioni e *distinguishing* (*infra* § 4.).

Ad ogni modo Maniaci non caratterizza il bilanciamento ad hoc tanto per le caratteristiche della regola di collisione (concretezza, defettibilità, ecc.) che da esso risulta, quanto per l’irragionevolezza della motivazione lo sostiene. Nel tipo B il giudice enuncia l’insieme di proprietà che egli ritiene essere condizione sufficiente del prevalere di un principio sull’altro, ma non di meno il bilanciamento è

<sup>4</sup> Vedi la nota 291 del § 2. del Cap. IV della 2° Parte della tesi di dottorato citata.

<sup>5</sup> Vedi il § 2. del Cap. IV della 2° Parte della tesi di dottorato citata.

‘ad hoc’ perché “l’argomentazione (...) non soddisfa in modo sufficiente le regole di un’argomentazione razionale”. Per Maniaci il bilanciamento ad hoc è insomma il bilanciamento “non razionalmente giustificato” (scorretto), vuoi perché (Tipo A) svolto senza determinazione dei parametri e in concreto (quindi in modo non universalizzabile), vuoi perché (Tipo B), nonostante la determinazione dei parametri, svolto in modo puramente intuitivo e non argomentato. Comunque il bilanciamento ad hoc è il bilanciamento che viola la “procedura argomentativa razionale”. Fra i due criteri (a) della completezza e determinatezza dei criteri sulla risoluzione del conflitto elaborati dal giudice e (b) della violazione delle regole di una procedura argomentativa razionale, solo il secondo identifica il bilanciamento ad hoc.

Si possono muovere due critiche a questa ridefinizione di ‘bilanciamento ad hoc’.

(i) Le “ambiguità sottese nel modo in cui i teorici americani costruiscono la distinzione” col bilanciamento definitorio non sono superate, perché sulla ridefinizione di ‘bilanciamento ad hoc’ si trasferiscono tutte le ambiguità del concetto di ragionevolezza dell’argomentazione e le incertezze sulla procedura argomentativa razionale.

(ii) Il “nucleo essenziale delle differenti definizioni e tipologie di bilanciamento ad hoc” non è colto. Nella cultura giuridica americana questa espressione non ha infatti alcuna valenza negativa. Il bilanciamento ad hoc non è il bilanciamento male argomentato o irragionevole, non solo perché – si potrebbe dire – è “ragionevole” quasi per definizione (il modo più semplice per formulare un bilanciamento ad hoc è statuire che una fattispecie deve essere decisa in modo “ragionevole”, con “fairness and justice”, ecc.), ma soprattutto perché l’argomentazione che sorregge un bilanciamento ad hoc può essere “ragionevole” (completa, coerente, trasparente, sincera e quant’altro si voglia che sia), senza tradursi in uno standard di giudizio o in una *categorical rule*. In caso di bilanciamento ad hoc il giudice potrà argomentare la propria decisione e l’argomentazione dovrà produrre argomenti accettabili ed escludere argomenti inaccettabili: l’argomentazione di un bilanciamento ad hoc può essere complessa, appunto perché il giudice può valutare tutte le circostanze concrete, tutti gli “interessi” in gioco, e non è vincolato da regole o standard di giudizio predeterminati.

Su questo punto tornerò più avanti (§ 5.), ma è opportuno chiarire da subito che il bilanciamento ad hoc, in quanto discrezionalità esibita, non è di per sé *né peggio né meglio* della discrezionalità nascosta dall’ermeneutica formalistica. Si tratta solo di due diverse forme di argomentazione giuridica.

### 3. *Bilanciamento definitorio.*

#### *Bilanciamento ragionevolmente definitorio?*

Maniaci distingue fra ‘bilanciamento definitorio’ e ‘bilanciamento ragionevolmente definitorio’. Il primo costruisce la regola che determina la precedenza di un principio sull’altro “facendo riferimento a *tutte le circostanze* in presenza delle quali un principio prevale sull’altro”. Il secondo, invece, “non offre una soluzione normativa per *tutti* i casi di conflitto tra i suddetti principi”. Entrambi soddisfano le regole di un’argomentazione razionale (ciò è detto esplicitamente solo per il bilanciamento definitorio: ma anche il bilanciamento ragionevolmente definitorio deve essere ragionevolmente argomentato, altrimenti sarebbe un bilanciamento ad hoc).

La distinzione presuppone che l'insieme delle circostanze rilevanti prese o non prese in considerazione della regola sul conflitto fra principi elaborata dal giudice preesista all'enunciazione della regola stessa. Per classificare un bilanciamento come 'definitorio' o solo 'ragionevolmente definitorio', dovremo infatti disporre di un criterio, indipendente dalla formulazione della regola sul conflitto, in base al quale valutare se la regola effettivamente formulata prenda in considerazione e quindi esaurisca tutte le circostanze rilevanti o ne tralasci alcune.

L'ipotesi secondo cui le circostanze rilevanti al fine di determinare una gerarchia fra principi costituiscono un insieme (a) finito e (b) conoscibile, sia pure in "condizioni epistemiche ideali", echeggia i dogmi della completezza e coerenza dell'ordinamento giuridico – forse addirittura evoca l'immagine del Giudizio divino. La limitazione relativa alle "proprietà che, date le assunzioni teoriche ed empiriche condivise dalla comunità del discorso, siano conosciute o ragionevolmente conoscibili" non sembra risolutiva al fine di introdurre una via mediana ("in senso debole") fra particolarismo e oggettivismo. In caso di conflitto fra principi, l'insieme delle proprietà rilevanti non è oggetto di conoscenza teorica o empirica ma di decisione, ed è a questa decisione che si dà il nome di "bilanciamento".

Non sono poi solo le assunzioni teoriche ed empiriche condivise dalla comunità del discorso a cambiare, ma anche le assunzioni normative: i "valori" condivisi dalla comunità degli interpreti, ma anche il diritto positivo. Poiché il diritto può mutare anche per via non-giurisprudenziale, è assolutamente impossibile che un giudice possa "conoscere" l'insieme delle circostanze rilevanti (circostanze di fatto, ma anche circostanze di diritto) in presenza delle quali due principi potranno in futuro entrare in conflitto. Un giudice può solo formulare bilanciamenti ragionevolmente definitivi.

Nel caso limite di un bilanciamento "autenticamente" definitorio, ci troveremo di fronte ad una regola di collisione che non tollera eccezioni o *distinguishing* o, meglio, che non tollera eccezioni e *distinguishing* che siano "corretti". Infatti, dal momento che l'universo delle circostanze "rilevanti" è già compiutamente espresso nel bilanciamento definitorio, eventuali ulteriori circostanze in futuro prese in considerazione dal giudice non possono che essere, per definizione, "irrilevanti" (a meno che, è chiaro, non cambino le proprietà che, date le assunzioni teoriche ed empiriche condivise dalla comunità del discorso, siano conosciute o ragionevolmente conoscibili).

Maniaci chiarisce che il bilanciamento definitorio è un modello ideale e che ogni bilanciamento reale è solo ragionevolmente definitorio. Ma è un ideale? Lo sforzo accanitamente casistico, classificatorio e definitorio del "giudice Parker" nell'esempio di Maniaci non potrà mai raggiungere l'ideale del bilanciamento definitorio, ma nemmeno quello del bilanciamento solo ragionevolmente definitorio: sarebbe infatti assolutamente irragionevole. "È lecito guidare in automobile in autostrada (1) purché non si superi la velocità stabilita di 150 km/h e (2) a condizione che il conducente non abbia assunto sostanze in grado di alterare la sua capacità di controllo del veicolo". Il giudice non si impegna in questa attività anche perché di solito non è il suo ruolo, se mai del legislatore. Il giudice decide il caso in giudizio, la questione controversa. Uno sforzo di immaginazione di classi di casi possibili e di classi di circostanze rilevanti non gli è sempre richiesto, né garantirebbe la certezza del diritto<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Per inciso, l'alternativa fra bilanciamento definitorio e bilanciamento ad hoc non sembra gravitare attorno ai due poli della certezza del diritto da una parte e della efficienza e speditezza

Vi è un'altra possibilità che forse si può prendere in considerazione, ma che non è accettata da Maniaci. L'insieme delle circostanze in presenza delle quali un principio prevale sull'altro non preesiste alla decisione che formula una regola sul conflitto fra principi. Supponiamo, ad esempio, che in un caso di conflitto fra libertà di espressione e interessi della sicurezza nazionale il giudice enunci che la sicurezza nazionale deve prevalere tutte le volte che la libertà di espressione è esercitata da un soggetto il cui nome inizi con "Maniac". Si tratta di un esempio grottesco ma non incongruo perché, ricordo, la procedura argomentativa razionale non determina l'esito della decisione, ma solo impone criteri formali (universalizzabilità, coerenza, ecc.) che potrebbero benissimo essere rispettati nel caso in questione (si immagini una comunità terrorizzata dagli influssi maligni della divinità Maniac).

Ora, se mancasse un criterio esterno (una ragionevolezza giuridica onnisciente) in base al quale stabilire se vi siano circostanze ulteriori, trascurate dal giudice, in presenza delle quali gli interessi della sicurezza nazionale devono prevalere sulla libertà di espressione, diremmo, stando alle definizioni di Maniaci, che ci troviamo di fronte ad un bilanciamento definitorio *tout court* o, meglio, di fronte a una *categorical rule* che definisce ed esaurisce l'insieme delle circostanze rilevanti in caso di conflitto fra principi. Le circostanze rilevanti sarebbero due: o l'autore dell'espressione pericolosa per la sicurezza nazionale si chiama Maniaca, Maniace, Maniaci, Maniaco, ecc., oppure no.

Il bilanciamento definitorio, che Maniaci ritiene desiderabile per la certezza del diritto ma irraggiungibile per motivi di carattere pragmatico, potrebbe in realtà essere un'argomentazione relativamente semplice e poco casistica nella sua formalizzazione: "il principio A prevale sul principio B a meno che x". Al bilanciamento ragionevolmente definitorio potrebbe invece corrispondere, in linea di pura ipotesi, ad una formulazione di questo tipo: "il principio A prevale sul principio B a meno che x e qualche altra cosa che ora non so/non voglio dire"<sup>7</sup>.

In conclusione, sembrano esserci due possibilità alternative.

1) Si ritiene possibile determinare, prima della formulazione della regola sulla collisione dei principi da parte del giudice, l'insieme delle circostanze rilevanti.

---

dell'amministrazione della giustizia dall'altra, come ritiene Maniaci. Generalmente certezza ed efficienza stanno anzi dalla stessa parte: basta seguire la giurisprudenza dominante. L'argomentazione di un bilanciamento ad hoc può poi essere molto complessa (quindi "non efficiente", secondo Maniaci) perché il giudice deve valutare tutte le circostanze del caso e decidere quali siano quelle rilevanti e per quali motivi. Infine, i parametri del bilanciamento definitorio possono a volte garantire flessibilità, prima ancora che certezza, dell'applicazione del diritto.

<sup>7</sup> In effetti, non sembra molto diversa la formalizzazione del bilanciamento ragionevolmente definitorio proposta da Maniaci: "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 A<sup>1</sup>, A<sup>2</sup>, ~ B<sup>1</sup>, C<sup>1</sup>, C<sup>2</sup>, ~ D<sup>1</sup>, 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". Mi sembra che non ci sia bisogno di questo concetto di bilanciamento ragionevolmente definitorio. La citazione è tratta sempre dal § 2. del Cap. IV della 2° Parte della tesi di dottorato citata.

In questo caso, seguendo le definizioni di Maniaci e d'accordo con Maniaci, concludiamo che tutti i bilanciamenti di fatto applicati dai giudici sono ragionevolmente definitivi. Ci sarà sempre almeno una circostanza della quale, dal nostro punto di vista del Giudizio divino, possiamo predicare la rilevanza, ma che è stata trascurata dal giudice. L'ideale per Maniaci sarebbe che la giurisprudenza tendesse a questo giudizio assolutamente ragionevole che esaurisce l'universo dei casi rilevanti e pondera tutte le ragioni possibili: ma proprio perché è un ideale, non è reale. Esistono solo bilanciamenti ragionevolmente definitivi.

2) Si ritiene che l'insieme delle circostanze rilevanti dipenda dalla regola sui conflitti formulata dal giudice, perché questo insieme non preesiste alla formulazione di tale regola ma da essa risulta. Allora, seguendo le definizioni di Maniaci, ogni bilanciamento che non sia ad hoc è definitivo, perché ogni bilanciamento che formuli una norma sui conflitti fra principi determina l'universo delle circostanze rilevanti (fino a quando non intervenga un ulteriore bilanciamento che, tipizzando altre circostanze, renda tale universo più complesso). Esistono solo bilanciamenti definitivi.

Poiché il caso 1) e il caso 2) sono fra loro alternativi, non sembra possibile utilizzare la distinzione fra 'bilanciamento definitivo' e 'bilanciamento ragionevolmente definitivo' da un unico punto di vista. La distinzione, per meglio dire, si lascia utilizzare solo all'interno della teoria dell'argomentazione giuridica di Maniaci, ma non può essere utilizzata come strumento concettuale per analizzare la giurisprudenza.

#### 4. Una diversa ipotesi ricostruttiva

Maniaci distingue fra 'bilanciamento ad hoc', 'bilanciamento ragionevolmente definitivo' e 'bilanciamento definitivo' per discutere un'applicazione giuridica dell'alternativa fra "particolarismo" e "oggettivismo": un giudizio di bilanciamento è sempre una gerarchia assiologica decisa di volta in volta dall'interprete oppure è controllabile razionalmente?

In questi termini, la questione mi sembra mal formulata (formulata in modo insolubile o sempre già risolto). Caratteristica del giudizio di bilanciamento, comune sia al *balancing-test* americano, sia al bilanciamento europeo, è certamente la flessibilità: il giudice decide "sulla base di tutte le circostanze del caso"<sup>8</sup>; le disposizioni normative sono interpretate che espressione di valori che hanno "una struttura dinamica e flessibile, adattabile di volta in volta a realtà diverse"<sup>9</sup>; la decisione tendenzialmente vale solo per il caso concreto e non ambisce a risolvere tutti i casi di conflitto fra i medesimi principi. Nondimeno, la possibilità di un controllo (lasciamo stare l'attributo 'razionale') sicuramente sussiste, sia di un controllo istituzionale da parte delle giurisdizioni superiori, sia di un controllo sociale o diffuso da parte della comunità degli interpreti. La sentenza che formula un giudizio di bilanciamento non solo può essere discussa criticamente, ma anzi invita ad una discussione pubblica, perché esibisce il proprio carattere discrezionale, di scelta fra principi in competizione.

<sup>8</sup> BVerfGE 7, 198, Lüth (1958).

<sup>9</sup> Cass. Pen., Sez. Un., 16 ottobre 2001, n. 37140.

La definizione di Maniaci ha però il pregio di sottolineare che i giudici, in caso di bilanciamento, tendono a volte ad elaborare parametri che possono consolidarsi nella giurisprudenza<sup>10</sup> o addirittura essere positivizzati dal legislatore<sup>11</sup>. Nella misura in cui siano costantemente applicate, queste norme non sembrano differire significativamente dalle norme di origine legislativa. Mi sembra che sia possibile dar conto di questa osservazione utilizzando una diversa ricostruzione della distinzione fra bilanciamento ad hoc e bilanciamento definitorio.

Premesso che la distinzione è conosciuta solo nella cultura giuridica americana e che non vi è perfetta coincidenza fra il concetto americano di *balancing-test* e il concetto europeo di ‘bilanciamento’, si può forse dire, in chiave ricostruttiva, che in caso di bilanciamento ad hoc la regola di collisione ha la forma di un provvedimento particolare e concreto: le sole circostanze rilevanti sono quelle esplicitate dal giudice nell’argomentazione e sono rilevanti solo nel caso deciso. Detto altrimenti: l’insieme di circostanze rilevanti in presenza delle quali un principio prevale sull’altro è perfettamente determinato con riguardo al caso concreto deciso dal giudice ma è totalmente indeterminato con riguardo al caso generico o fattispecie astratta. Un modo di formulare un bilanciamento ad hoc è infatti statuire che le considerazioni della corte “sono limitate alle presenti circostanze, perché il problema (...) generalmente presenta complessità” (*Bush v. Gore*)<sup>12</sup>.

Nel bilanciamento definitorio, invece, la regola di collisione ha la forma di una norma generale e astratta, destinata a regolare casi analoghi che si presentino in futuro. Si tratta comunque di un parametro generico o di una regola defettibile, che impone al giudice di prendere in considerazione certe circostanze lasciandolo libero di valutare altre circostanze che egli ritenga rilevanti. Forse si può dire che nel bilanciamento definitorio l’insieme di circostanze rilevanti, pure perfettamente determinato con riguardo al caso concreto, è “sotto-determinato” con riguardo al caso generico o fattispecie<sup>13</sup>.

Infine, dai casi di bilanciamento deve essere distinta l’ipotesi in cui il conflitto è risolto (o evitato) attraverso i consueti criteri ermeneutici, in particolare introdu-

---

<sup>10</sup> Ad es., i criteri per individuare il legittimo esercizio del diritto di cronaca in caso di dichiarazioni lesive della reputazione (pertinenza dei fatti narrati rispetto all’interesse pubblico alla loro conoscenza, verità dei fatti narrati, correttezza della forma espositiva). Vedi Cass. Pen., Sez. V, 9 agosto 2001, n. 31037: “Sono regole dettate dalla necessità di un equilibrato bilanciamento tra l’interesse collettivo all’informazione e l’interesse individuale alla tutela della propria reputazione, che spetta ad ogni persona fisica e giuridica”.

<sup>11</sup> Ad es., in caso di conflitto fra diritto comunitario e diritto costituzionale tedesco, i parametri dell’ordinanza 22 ottobre 1986, *Solange II*, BverfGE, 73, 339, costituzionalizzati con legge del 21 dicembre 1992, BGBl I, 2086 (Art. 23 GG, garanzia di una protezione dei diritti fondamentali da parte dell’UE essenzialmente comparabile a quella del GG).

<sup>12</sup> 531 U.S., 98, 109 (2000). Vedi S. Overton 2002.

<sup>13</sup> Un buon esempio è Cass. Pen., Sez. Un., 16 ottobre 2001, n. 37140, in tema di responsabilità del giornalista intervistatore per avere pubblicato dichiarazioni diffamatorie dell’intervistato: il giudice di merito deve “tener conto in primo luogo, dell’effettivo grado di rilevanza pubblica dell’evento dichiarazione, considerando poi (...) in quale contesto valutativo e descrittivo siano riportate le dichiarazioni altrui, quale sia la plausibilità e l’occasione di tali dichiarazioni. Quindi, per distinguere l’illecito dall’illecito, occorrerà accertare (...) se il giornalista abbia assunto la prospettiva del terzo osservatore dei fatti, agendo per conto dei suoi lettori, ovvero sia solo un dissimulato coautore della dichiarazione diffamatoria, che agisce contro il diffamato”.



cendo un'eccezione in uno dei due principi in conflitto. Questa ipotesi può essere assimilata a quella della *categorical rule*. In questo caso manca una regola sui conflitti o, se si vuole, tale regola coincide con uno dei principi in conflitto così come ricostruito dal giudice. Al di là dell'eventuale genericità dell'eccezione, l'insieme delle circostanze rilevanti è totalmente determinato, sia con riguardo al caso deciso, sia con riguardo alla fattispecie (fatta salva, è chiaro, l'ipotesi di successive modifiche legislative o giurisprudenziali). O si è nell'ambito di applicazione del principio, oppure no. Il giudice decide, ad esempio, che, in caso di conflitto fra libertà di espressione e ordine pubblico, la prima prevale a meno che non vi sia "il pericolo chiaro e imminente di un male che il Congresso ha il diritto di evitare"<sup>14</sup>, oppure a meno che l'autore dell'espressioni si chiami Maniac. Qui è come se il giudice avesse ridefinito il principio della libertà di espressione, escludendo dal suo ambito di applicazione una classe di casi.

Mi sembra che queste ridefinizioni siano più vicine agli usi giurisprudenziali. Oltre ad evitare il riferimento alla "procedura argomentativa razionale", esse hanno il vantaggio di non assumere l'ipotesi di un giudice o di un osservatore esterno che determina ed esaurisce l'insieme delle circostanze rilevanti in presenza delle quali un principio deve prevalere sull'altro. Questo insieme non è qualcosa di già dato nel mondo, non preesiste alla formulazione della regola sui conflitti da parte del giudice, ma da tale regola risulta. Analogamente, i principi non sono "cose" che in determinate circostanze entrano in conflitto: i principi di diritto, come tutte le norme giuridiche, dipendono dalla loro formulazione nel linguaggio giuridico.

### 5. *L'ideale regolativo di Maniaci. Bilanciamento e argomentazione giuridica*

La distinzione fra 'bilanciamento ad hoc', 'bilanciamento ragionevolmente definitorio' e 'bilanciamento definitorio' da una parte sembra riformulare quella fra 'ad hoc balancing', 'definitional balancing' e 'categorical rule', dall'altra indica una progressione verso l'ideale di un'argomentazione più razionale – coerente e completa. Ma – a parte il fatto che, come dirò subito, questo ideale forse merita di essere a sua volta argomentato da un punto di vista teorico-politico e costituzionale (§ 6.) non c'è alcun rapporto fra le due cose.

Al contrario, l'ideale di un'argomentazione più trasparente e controllabile (un'argomentazione coerente e completa, che enuncia e soppesa le circostanze rilevanti, i principi, le ragioni soggiacenti) è proprio all'origine del *balancing-test* contro le *categorical rules* e l'approccio definitorio della giurisprudenza formalista. Una regola, come mostra l'esempio di "Maniac" (§ 3.), può essere formulata e applicata in modo molto semplice e poco argomentato – tipizza le circostanze rilevanti ed esclude le altre. Un bilanciamento ad hoc, per contro, può obbligare il giudice ad un'argomentazione particolarmente diffusa e complessa.

Maniaci identifica il bilanciamento definitorio con la certezza del diritto e accetta il bilanciamento non definitorio come compromesso con l'empiria dell'am-

---

<sup>14</sup> È il test proposto da Holmes nel caso *Schenck v. U.S.*, 249 U.S. 47, 50 (1919).

ministrazione della giustizia (non ci sono le condizioni epistemiche ideali né ottimali). Ma mi sembra che, proprio dal punto di vista del suo ideale regolativo, il bilanciamento (ancorché ad hoc) sia una perla – una perla del realismo giuridico americano<sup>15</sup>. Va da sé, esso si presta ad impieghi politicamente (moralmente, economicamente, socialmente, ecc.) encomiabili, “ragionevoli”, feroci. Ma, nella misura in cui accresce la complessità della motivazione (il giudice valuta tutti i fatti rilevanti), accresce il ruolo dell’argomentazione nella legittimazione della sentenza e quindi accresce il potere del giudice. Cambia la percezione del ruolo del giudice, non più inerte depositario della saggezza di *common law*, non più macchina-sputa sentenze del positivismo giuridico. L’argomentazione sembra farsi trasparente agli interessi coinvolti: di conseguenza, il giudice sembra assumere pubblicamente – di fronte a *we the people*, di fronte alla comunità degli interpreti, nella sfera pubblica – la responsabilità per la propria discrezionalità, esibendone i fondamenti<sup>16</sup>. “Rules favour the judicial abdication of responsibility, while standards make the judge face up to his choices – he cannot absolve himself by saying ‘sorry, my hands are tired’”<sup>17</sup>.

## 6. *Rule of law e rule of reason.*

### Trasparenza e pubblicità dell’argomentazione

La classificazione di Maniaci suggerisce che il bilanciamento ad hoc sia irrazionale perché non universalizzabile e non controllabile attraverso l’argomentazione, e che il bilanciamento definitorio sia l’ideale non concretamente realizzabile, perché il giudice non può conoscere tutte le circostanze rilevanti. Ne emerge che la via mediana, il bilanciamento ragionevolmente definitorio, cioè la formulazione di standard generici e defettibili attraverso cui risolvere i conflitti fra principi, è appunto la soluzione ragionevole, il giusto bilanciamento. L’ideale regolativo e argomentativo di Maniaci è ovviamente legittimo, ma non chiarisce perché il modello del bilanciamento definitorio, degli standard e dell’interpretazione orientata ai principi, debba essere preferito (sia di fatto preferito) ai consueti criteri di soluzione delle antinomie (gerarchico, cronologico, di specialità) e alle tradizionali tecniche di interpretazione (letterale, storica, sistematica); non chiarisce perché questo ideale di trasparenza e pubblicità del giudizio, questo “modello dei principi”, debba essere preferito (sia di fatto preferito) al “modello delle regole”.

Una risposta completa a questa domanda obbligherebbe ad un’ampia ricognizione sempre molto discutibile e comunque non nelle mie capacità. Ma in un certo senso è una domanda preliminare. Perché aderire ad un ideale regolativo, se non sono chiare le opzioni di fondo? Più in generale: come orientarsi in teoria dell’argomentazione, se

---

<sup>15</sup> Riconducono all’impronta del realismo giuridico americano la nascita del bilanciamento negli anni ‘20-’30 e soprattutto a partire dagli anni ‘50 in poi: T.A. Aleinikoff 1987, pp. 955 ss.; R.H. Pildes 1992, p. 1530; P.M. McFadden 1988, pp. 617 ss. Anche G. Tarello 1962 trova questo problema nel realismo giuridico americano – poiché i giudici non sono realmente vincolati dalle norme, devono prendere in considerazione tutti i fatti in causa.

<sup>16</sup> Da ultimo, M. Lesser 2003; S. Overton 2002, p. 75.

<sup>17</sup> K.M. Sullivan 1992, p. 67.

non si hanno presenti le trasformazioni giuridiche e istituzionali che hanno permesso che si pensasse a qualcosa come la teoria dell'argomentazione giuridica?

Io posso qui solo accennare ad una possibile chiave di lettura. Viene dal giudice Frankfurter, nel celebre caso *Dennis v. United States*<sup>18</sup>. Se la libertà di parola collide con l'interesse alla sicurezza nazionale, il giudice deve evitare di enunciare “dogmas too inflexible for the non-Euclidian problems to be solved” e impegnarsi invece in una “candid and informed weighing of the competing interests, within the confines of the judicial process”. Frankfurter stava dando il suo contributo ad aprire la stagione del maccartismo, ma la sua osservazione ha una portata generale. In presenza di crescenti conflitti di interesse, l'argomentazione deve farsi essa stessa complessa (*informed*) e modulabile (*flexible*); la pubblicità del procedimento giudiziale e la trasparenza della motivazione (*candor*) tendono ad assicurare una legittimazione pubblica a questa assunzione di responsabilità<sup>19</sup>.

A partire da questa esigenza di complessità, flessibilità e trasparenza dell'argomentazione giuridica, si potrebbe forse raccontare una storia. In un quadro di intenso pluralismo istituzionale e conflittualità sociale, declina un discorso giuridico incentrato sul paradigma della sovranità che articola un sistema rigido e tendenzialmente indisponibile per gli interpreti di gerarchie normative<sup>20</sup>. Attraverso i diritti fondamentali e i valori supremi diviene possibile attivare, svolgere e chiudere una negoziazione fra attori costituzionali non più integrati in un apparato gerarchico. La ragionevolezza viene ad occupare il posto della sovranità, anch'essa luogo sempre esaltato della chiusura/apertura del sistema normativo<sup>21</sup>, ma con il vantaggio di offrire la possibilità di un'articolazione più flessibile e negoziata dei diritti e dei poteri, una più efficiente mediazione giuridica<sup>22</sup>. La giustificazione delle decisioni del giudice cessa di essere un problema caratteristico della scienza giuridica (la scienza che descrive e ricostruisce le norme giuridiche), per divenire anche un problema di teoria del ragionamento giuridico (la teoria che ricostruisce e prescrive l'uso di standard di argomentazione giuridica)<sup>23</sup>. Si inizia a riflettere sull'argomentazione giuridica nei termini di un “discorso” rivolto non solo e non tanto alle parti in giudizio e alle giurisdizioni superiori, quanto ad una più ampia

<sup>18</sup> 341 U.S. 494, 517 (1951).

<sup>19</sup> Si può notare incidentalmente che, come a volte succede, una decisione ispirata nel caso concreto da notevole *self-restraint* elabora uno strumento giuridico destinato a rafforzare stabilmente il ruolo del potere giudiziario nel sistema costituzionale: Frankfurter aggiunge che la “full responsibility for the choice” fra i due principi in conflitto “cannot be given to the courts. Courts are not representative bodies. They are not designed to be a good reflex of a democratic society (...). Primary responsibility for adjusting the interests which compete in the situation before us of necessity belongs to the Congress”.

<sup>20</sup> Questa chiave di lettura è suggerita da C. Schmitt 1987, spec. p. 29 e p. 61. Sul paradigma della sovranità nelle scienze giuridiche, il bel saggio di P. Costa 1991. Più in generale, H. Boldt 1990.

<sup>21</sup> Chiusura: le norme che non provengono dal sovrano, non sono giuridiche – gli argomenti irragionevoli sono inaccettabili, le norme irragionevoli non sono valide. Apertura: il sovrano può sempre modificare il diritto – si può sempre controargomentare, se si trova una ragione valida.

<sup>22</sup> Il punto non può essere qui svolto. Per l'analisi di un impiego dei diritti fondamentali nel dialogo fra Corte di giustizia e giudici nazionali, vedi ad es. J. Coppel/A. O'Neil 1992. Più in generale, vedi A. Stone Sweet 2000.

<sup>23</sup> I testi di riferimento sono A. Aarnio/R. Alexy/A. Peczenik 1981, R. Alexy 1998, N. MacCormick 2001. Vedi in generale M. Taruffo 2001.

“comunità di discorso” o “società degli interpreti”<sup>24</sup>. All’ideale dogmatico della coerenza e della completezza dell’ordinamento giuridico si sostituisce l’ideale teorico della coerenza e completezza dell’argomentazione giuridica. Si pone il problema della “giustificazione esterna” del sillogismo giudiziale<sup>25</sup>: fino a ieri, una decisione era giustificata quando applicava una norma valida del sistema; ora, alle ormai impossibili *rule of law*, legalità e sovranità si sostituiscono *rule of reason*, trasparenza e pubblicità<sup>26</sup>.

Oppure, a partire da questo, si potrebbe divagare. E chiedersi: ma la pubblicità del potere (la pubblicità del diritto, la pubblicità dell’argomentazione giuridica) è un bene? A partire dall’Illuminismo siamo abituati a pensare di sì. Sicuramente, e per definizione, è un bene pubblico. I rapporti fra pubblico (*öffentlich*), aperto (*offen*), visibile (*offenbar*) e ragionevole, controllabile razionalmente, sono già stati chiariti dalla storia dei concetti e prima ancora da Foucault<sup>27</sup>. Nell’età classica, lo splendore delle cerimonie pubbliche – lo splendore dei supplizi e delle regali sfilate in carrozza – era la trasparenza di un potere che si mostrava magnificamente alle moltitudini indisciplinate. Secondo Baudrillard, alle soglie dell’età moderna, questa trasparenza – questa immediata decodificazione delle gerarchie sociali, politiche, etiche od estetiche (si pensi alla moda) – era la crudeltà del segno<sup>28</sup>.

Anche la teoria dell’argomentazione giuridica è oggi, a volte, un supplizio e una sfilata in carrozza, ma non c’è splendore né trasparenza nei suoi segni, non c’è alcuna crudele illuminazione nel potere di oggi.

Per essere più chiari: questo ideale di pubblicità è pubblicità, è *réclame*. Non c’è trasparenza nella fuga del potere nelle camere di consiglio o nei mille fori deliberativi: c’è un potere che diviene più complesso e trova le forme adeguate al suo esercizio. Fine della democrazia rappresentativa, democrazia deliberativa – questo va benissimo, è semplicemente quello che c’è. Non si tratta certo di rimpiangere le vecchie unità molarì (Stato sovrano, popolo sovrano) o le vecchie stratificazioni (gerarchie normative). Ma se lo scopo è la trasparenza, non si tratta neppure di proporre ideali regolativi per la giurisprudenza, né tanto meno un ideale di integrazione entro un ordine del discorso unitario ed esclusivo (“ragionevolezza”). Al contrario, si può benissimo presupporre come già avvenuta (e quindi irrilevante) la fondazione di questa ragionevolezza giuridica esclusiva, per mostrare come funziona. Non si farà allora teoria dell’argomentazione giuridica, ma analisi dell’argomentazione giuridica.

---

<sup>24</sup> P. Häberle 1975.

<sup>25</sup> J. Wròblewski 1992.

<sup>26</sup> Rappresentativi A. Baldassarre 1991 e G. Zagrebelsky 1992. Vedi P. Comanducci 2002. Sulla *rule of reason*, in quanto contrapposta alle *per se rules* in materia di anti-trust, la formulazione classica è in *Board of Trade of Chicago v. U.S.*, 246 U.S. 231, 238 (1918): “The true test of legality is whether the restraint imposed is such as merely regulates and perhaps thereby promotes competition or whether it is such as may suppress or even destroy competition. To determine that question the court must ordinarily consider the facts peculiar to the business to which the restraint is applied; its condition before and after the restraint was imposed; the nature of the restraint and its effect, actual or probable. The history of the restraint, the evil believed to exist, the reason for adopting the particular remedy, the purpose or end sought to be attained, are all relevant facts”.

<sup>27</sup> L. Hölscher 1978, M. Foucault 1976.

<sup>28</sup> J. Baudrillard 1979, p. 61.

## Bibliografia

- AARNIO, A./ ALEXU, R./PECZENIK, A. 1981, *The Foundation of Legal Reasoning*, in “Rechtstheorie”, 12, pp. 133-158, 257-279, 423-448
- ALEINIKOFF, T.A., 1987, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in “Yale Law Journal”, XCVI/5, pp. 943-1005
- ALEXU, R., 1986, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a.M., Suhrkamp
- ALEXU, R., 1998, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica* (1978), Milano, Giuffrè
- ATIENZA, M./RUIZ MANERO J., 1994, *Tre approcci ai principi del diritto*, P. Comanducci / R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 1993. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli
- BALDASSARRE, A., 1991, *Costituzione e teoria dei valori*, in “Politica del diritto”, XXII/4, pp. 639-658
- BAUDRILLARD, J., 1979, *Lo scambio simbolico e la morte* (1976), Milano, Feltrinelli
- BIN, R., 1992, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè
- BÖCKENFÖRDE, E.-W., 1991, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* (1974), in *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, pp. 115-144
- BOLDT, H., 1990, ‘Souveränität’: 19. und 20. Jahrhundert, in O. Brunner, W. Conze e R. Koselleck (a cura di), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Vol. VI, Stuttgart, Klett-Cotta
- CELANO, B., 2002, ‘Defeasibility’ e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili, in corso di stampa su “Ragion pratica”, 18
- COMANDUCCI, P., 2002, *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*, in “Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho”, 16, pp. 89-112
- COPPEL, J./O’NEILL, A., 1992, *The European Court og Justice: Taking Rights Seriously?*, in “Common Market Law Review”, 29, pp. 669-692
- COSTA, P., 1991, *Il modello giuridico della sovranità: considerazioni di metodo e ipotesi di ricerca*, in “Filosofia politica”, pp. 51-69
- DWORKIN, R., 1982, *I diritti presi sul serio* (1977), a cura di G. Rebuffa, Bologna, Il Mulino
- FOUCAULT, M., 1976, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione* (1975), Torino, Einaudi
- FRANTZ, L.B., 1962, *The First Amendment in the Balance*, in “Yale Law Journal”, 71/8, pp. 1424-1458
- GUASTINI, R., 1996, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, Giappichelli
- GUASTINI, R., 1998, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè
- GUASTINI, R., 2001, *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino, Giappichelli
- HÄBERLE, P., 1975, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und ‘prozessualen’ Verfassungsinterpretation*, in “Juristenzeitung”, 30, pp. 297-305 (ora in Id., *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, Berlin, Duncker & Humblot, 1978, pp. 155-181)
- HENKIN, L., 1978, *Infallibility Under Law: Constitutional Balancing*, in “Columbia Law Review”, 78/5, pp. 1022-1049

- HÖLSCHER, L., 1978, *Öffentlichkeit*, in O. Brunner, W. Conze e R. Koselleck (a cura di), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Vol. IV, Stuttgart, Klett-Cotta
- LADEUR, K.-H., 1984, *“Abwägung” – Ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts. Von der Einheit der Rechtsordnung zum Rechtspluralismus*, Frankfurt/New York, Campus
- LASSER, M., 2003, *Anticipating Three Models of Judicial Control, Debate and Legitimacy: The European Court of Justice, the Cour de cassation and the United States Supreme Court*, Jean Monet Working Paper, 1/03,  
<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/03/030101.html>
- MACCORMICK, N., 2001, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto* (1978), Torino, Giappichelli
- MCFADDEN, P.M., 1988, *The Balancing Test*, in “Boston College Law Review”, 29/3, pp. 585-656
- MORESO, J.J., 2002a, *Conflitti tra principi costituzionali*, in “Diritto e questioni pubbliche”, 2, pp. 19-34, [http://www.dirittoequestionipubbliche.org/D\\_Q-2/contributi.htm](http://www.dirittoequestionipubbliche.org/D_Q-2/contributi.htm) (in corso di stampa su “Ragion pratica”, 18)
- MORESO, J.J., 2002b, *A proposito di revisioni stabili, casi paradigmatici e ideali regolativi: replica a Celano*, in corso di stampa su “Ragion pratica”, 18
- NIMMER, M.B., 1968, *The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*, in “California Law Review”, 56/4, pp. 935-967
- OVERTON, S., 2002, *Rules, Standards, and the Bush v. Gore: Form and the Law of Democracy*, in “Harvard Civil Rights-Civil Liberties Review”, 37, pp. 65-76,  
[http://www.law.harvard.edu/studorgs/crcl\\_lawreview/v.37\\_articles/overton.pdf](http://www.law.harvard.edu/studorgs/crcl_lawreview/v.37_articles/overton.pdf)
- PILDES, R.H., 1992, *Conceptions of Value in Legal Thought*, in “Michigan Law Review”, 90/6, pp. 1520-1559
- PILDES, R.H., 1994 *Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law*, in “Hastings Law Journal”, XLV/4, pp. 711-751
- SCACCIA, G., 1998, *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, in “Giurisprudenza costituzionale”, pp. 3953-4000
- SCHMITT, C., 1987, *La tirannia dei valori* (1967), Roma, Pellicani (già pubblicato in “Rassegna di diritto pubblico”, 1970, pp. 1-28)
- SHEPPARD, S., 1995, *The State Interest in the Good Citizen: Constitutional Balance Between the Citizen and the Perfectionist State*, in “Hastings Law Journal”, XLV/4, pp. 969-1027
- STONE SWEET, A., 2000, *Governing with Judges*, Oxford, UP
- SULLIVAN, K.M., 1992, *Foreword: The Justices of Rules and Standards*, in “Harvings Law Review”, 22, 66
- TARELLO, G., 1962, *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè
- TARUFFO M., 2001, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”, LV/3, pp. 665-695
- WRÒBLEWSKI, J., 1992, *The Judicial Application of Law*, Dordrecht, Kluwer
- ZAGREBELSKY, G., 1992, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi