

*Bilanciamento tra principi  
e argomentazione razionale.  
Una replica alle obiezioni di Giulio Itzcovich*

**di Giorgio Maniaci**

L'argomentazione elaborata da Giulio Itzcovich<sup>1</sup> è raffinata ed intrigante, oltre che particolarmente ricca di riferimenti filosofici e giurisprudenziali. In essa l'autore non si limita ad effettuare una critica serrata ai tre modelli di bilanciamento da me elaborati nella tesi di dottorato<sup>2</sup>, ma accenna ad una possibile critica di carattere generale nei confronti delle teorie dell'argomentazione razionale, teorie delle quali (rectius di una particolare *concezione* delle quali) sono un, evidente, accanito sostenitore. La mia replica sarà, necessariamente, breve, non perché il tema e le argomentazioni dell'autore non meriterebbero maggiore attenzione, ma a causa dei limiti (indefettibili) che le mie capacità e il tempo a disposizione mi impongono. Il nocciolo della mia replica sarà che le critiche di Itzcovich trovano la loro ragion d'essere, da un lato, in un parziale fraintendimento delle tesi da me sostenute in materia di bilanciamento, dall'altro dipendono da una profonda, quanto genuina, divergenza, tra me e l'autore, su alcune assunzioni di fondo in tema di bilanciamento e argomentazione razionale.

Nei paragrafi successivi mostrerò dapprima perché, e in che senso, Itzcovich ha frainteso alcune delle tesi da me sostenute (§ 1.), in secondo luogo, argenterò che *quasi* tutte le critiche di Itzcovich avanzate avverso la mia definizione di bilanciamento ad hoc, definitorio e ragionevolmente definitorio non colgono nel segno (§ 2.) e che la sua proposta (ri)definitoria dei modelli di bilanciamento non funziona. In terzo luogo, espliciterò *due assunzioni* che stanno alla base delle argomentazioni (e delle critiche) avanzate da Itzcovich (§ 3.), sostenendo che la prima è concettualmente sbagliata, mentre la seconda, sebbene ricca di spunti filosofici interessanti, è, da un lato poco chiara, dall'altro argomentata in modo insufficiente, oltre a non essere da me condivisa.

---

<sup>1</sup> Mi riferisco al saggio *Bilanciamento ad hoc e bilanciamento definitorio. Bilanciamento "ragionevolmente definitorio"? Ponderazione fra principi e teoria dell'argomentazione giuridica nella ricerca di Giorgio Maniaci*, pubblicato in questo fascicolo.

<sup>2</sup> Vedi G. Maniaci, *Il ruolo dell'equilibrio riflessivo nel ragionamento giudiziale*, tesi di dottorato (parzialmente) pubblicata in questo fascicolo, § 2. e 3. del cap. IV della Seconda Parte. La tesi che si pubblica in questo numero è la medesima da me presentata 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. *Qualche fraintendimento (non senza qualche rilievo)*

### 1.1 Bilanciamento ‘ad hoc’ e rilevanza del (singolo) caso concreto

Innanzitutto una premessa. La mia tesi di dottorato non ha ad oggetto l’elaborazione, a fini descrittivi e/o prescrittivi, di modelli di bilanciamento tra principi del diritto. Nei § 2. e 3. del cap. IV della Seconda Parte della tesi, tuttavia, distinguo tre modelli di bilanciamento, un bilanciamento ad hoc, uno di tipo definitorio, un altro ragionevolmente definitorio. Ai fini della tesi l’unica nozione strettamente necessaria è quella di ‘bilanciamento definitorio o categoriale’, perché essa è parte della nozione di equilibrio ristretto. Ciò spiega perché non mi dilungo molto nella definizione dei differenti modelli di bilanciamento, né sulla loro origine, né sulle analogie e differenze tra la mia definizione e quella diffusa nella letteratura costituzionalistica nordamericana ed europea.

Le critiche di Itzcovich mi spingono a esplicitare alcuni argomenti che nella tesi non sono presenti, e che non era necessario che vi fossero. La sinteticità delle mie definizioni costituisce probabilmente una delle ragioni (ma ve n’è un’altra molto più importante) che spiegano un fraintendimento in cui è incorso Itzcovich nell’interpretare la mia definizione di bilanciamento ‘ad hoc’.

Nella nota 291 della tesi di dottorato sostengo che: “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...”.

Partendo da tali assunzioni Itzcovich critica la mia definizione sostenendo che “...*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*” e ancora che “...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 ‘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'<sup>3</sup>.

Premetto, innanzitutto, che sostenere che una certa definizione di 'bilanciamento' coglie, o non coglie, "il nucleo essenziale delle differenti definizioni e tipologie di bilanciamento ad hoc" è affermazione da prendere con *cautela*. Per la semplice ragione che la distinzione tra '*ad hoc balancing*' e '*definitional balancing*' nella dottrina e nella giurisprudenza nordamericana è piuttosto incerta e oscillante. Ciò nonostante, concordo con Itzcovich che esistono delle caratteristiche paradigmatiche dell'*ad hoc balancing*'. Qual è dunque la caratteristica principale dell'*ad hoc balancing*' che, secondo Itzcovich, non avrei colto? "Attraverso il bilanciamento ad hoc – sottolinea Itzcovich – il giudice decide valutando tutte le circostanze del caso, senza vincolare le proprie decisioni future ad uno standard di giudizio". In altri termini "...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*..."

Insomma il bilanciamento ad hoc sarebbe caratterizzato dall'essere una decisione diretta a risolvere solo il caso concreto in oggetto, inapplicabile o non vincolante riguardo ai casi futuri. Mentre io caratterizzerei, secondo Itzcovich, l'*ad hoc balancing* come un bilanciamento mal argomentato.

Tale affermazione di Itzcovich è parzialmente sbagliata. Vediamo perché. Ciò che sostengo nella tesi è quanto segue: "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"<sup>4</sup>.

In tal senso quando Itzcovich sostiene che, secondo me, l'*ad hoc balancing* è un bilanciamento non 'sufficientemente razionale' coglie nel segno. Non così, invece, con riguardo al secondo requisito, che non comprendo perché Itzcovich considera all'interno della mia definizione (di '*ad hoc balancing*') marginale, mentre così non è.

---

<sup>3</sup> G. Itzcovich, *Bilanciamento ad hoc e bilanciamento definitorio. Bilanciamento "ragionevolmente definitorio"? Ponderazione fra principi e teoria dell'argomentazione giuridica nella ricerca di Giorgio Maniaci*, cit., § 2.

<sup>4</sup> Vedi il § 2 del cap. IV della Seconda Parte della tesi di dottorato citata.

*Due* sono i parametri chiave per identificare la mia definizione di ‘ad hoc balancing’, *non uno solo*. Due condizioni, nessuna delle quali è da sola sufficiente. Il primo è che si tratta di uno strumento flessibile, elastico e diretto a risolvere o un (singolo) caso concreto oppure un (singolo) caso generico, che è ricostruito, in modo razionalmente corretto, a partire dal caso concreto in oggetto. Il secondo parametro è che il bilanciamento così effettuato non viene ‘razionalmente giustificato’ ovvero non soddisfa, in modo sufficiente, le regole di un’argomentazione razionale.

Ora il primo parametro, chiamiamolo *la rilevanza del (singolo) caso concreto*, è, come abbiamo visto, totalmente condiviso da Itzcovich. Anzi paradossalmente quando dico, nel testo, che spesso nell’ad hoc balancing’ 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, mi sembra di *evocare* le parole dello stesso Itzcovich.

Itzcovich potrebbe obiettare a questo punto che, nella mia ricostruzione, si ha ‘ad hoc balancing’ anche quando un giudice mira a risolvere un singolo caso *generico*, correttamente ricostruito, non soltanto un caso concreto. Ciò perché ho ritenuto di interpretare *la rilevanza del (singolo) caso concreto* che caratterizza l’ad hoc balancing anche nel senso che il giudice può costruire (e mirare a risolvere) un determinato caso generico a partire dal caso concreto che deve decidere. In tal senso, come secondo me si evince chiaramente dagli esempi che faccio nel testo, anche quando il giudice individua, in modo razionalmente corretto, un caso generico, cioè un insieme di proprietà che egli ritiene condizioni sufficienti per la prevalenza di un principio del diritto sull’altro, se tale insieme di proprietà generali è ritagliato, a partire e, al fine di risolvere il caso concreto, e non altri casi futuri differenti, si ha ‘ad hoc balancing’ (sempre che, secondo parametro, l’argomentazione non sia razionalmente giustificata).

La ragione, profonda, che ha condotto Itzcovich al fraintendimento, e alla critica infondata, di cui sopra è che l’autore non condivide affatto la tesi (e forse non concepisce neppure la possibilità) secondo la quale vi è una relazione tra ‘argomentazione razionale’ e ‘ad hoc balancing’. Al contrario, la mia idea, che argomenterò brevemente nel terzo paragrafo, è che vi sia una relazione concettuale necessaria tra un ‘ad hoc balancing’ e un bilanciamento di carattere ‘intuitivo’, che non sia ‘razionalmente giustificato’. Con ciò non ho soltanto sostenuto né sto soltanto sostenendo l’ovvietà che la mia definizione di ‘ad hoc balancing’ è incompatibile con una giustificazione razionale, perché tale incompatibilità è esplicitamente individuata come un parametro della mia definizione, ma che il modo classico in cui l’ad hoc balancing’ è inteso, interpretato, dalla dottrina nordamericana, compreso il modo in cui è definito da Itzcovich, è incompatibile con un’argomentazione razionale. Con ciò non voglio dire, né mai ho detto o voluto dire, che i costituzionalisti americani sostengano, affermino esplicitamente, che l’ad hoc balancing’ abbia tale caratteristica. Dio (o chi per lui) me ne guardi bene. In questo Itzcovich ha ragione. Ciò che ho detto e voluto dire è che l’ad hoc balancing’ è per sua natura incompatibile con un’argomentazione razionale, cioè che questa sua caratteristica (questa sua incompatibilità) è un’implicazione logica, necessaria, evidentemente da alcuni taciuta, rimossa, ferocemente negata, del modo in cui è definito dai più l’ad hoc balancing.

## 1.2 Bilanciamento ‘ad hoc’ e dottrine dell’interpretazione

All’inizio del § 6. Itzcovich si pone (mi pone) una questione che sarebbe rimasta irrisolta nella mia tesi. “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’”.

I dubbi e le obiezioni di Itzcovich al riguardo sono del tutto ingiustificati e sono il frutto di un secondo fraintendimento delle tesi da me sostenute, che mi sembra rilevante sottolineare. Itzcovich ricostruisce in modo interessante la storia del ‘balancing test’ americano. L’autore sottolinea, infatti, che ogni qual volta siamo in presenza di “una ‘*categorical rule*’ (o ‘per se *rule*’)...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*)”. Qui la differenza starebbe tra due modelli di risoluzione delle controversie giudiziali, o se si vuole dell’interpretazione giuridica, l’uno fondato su regole preesistenti che si applicano più o meno meccanicamente, o comunque fondato sull’uso dei tradizionali argomenti dell’interpretazione (letterale, sistematico, ecc...) e l’altro fondato sul bilanciamento tra principi.

Il punto è che scopo principale della mia tesi di dottorato non è offrire ragioni in favore di alcuna teoria o dottrina dell’interpretazione giuridica né di alcuna teoria o dottrina del diritto che potrebbe supportarla<sup>5</sup>. Nella mia tesi non sostengo che il “modello dei principi” debba essere preferito al “modello delle regole”, né che dobbiamo abbandonare i tradizionali criteri di risoluzione delle antinomie in favo-

---

<sup>5</sup> Nelle ultime pagine delle ‘Conclusioni’ della tesi accenno ad alcune ragioni che possono essere avanzate in favore di una (versione piuttosto debole di una) dottrina dell’interpretazione fondata sul metodo sistematico. Oltre a fondarsi su di una versione piuttosto debole del metodo sistematico, la cui principale caratteristica è rifiutare l’argomento che fa riferimento all’intenzione del legislatore storico, tale dottrina dell’interpretazione non rappresenta il fulcro né la summa conclusiva della tesi di dottorato ed ha poco a che vedere con il “modello dell’interpretazione orientata ai principi” di cui parla Itzcovich.

re del bilanciamento tra principi. La tesi principale del testo è che l'equilibrio riflessivo, così come da me definito, non è un buon modello dell'argomentazione giudiziale (rectius della giustificazione esterna della premessa maggiore del sillogismo giudiziale), né dal punto di vista descrittivo né da quello normativo. In conclusione abbozzo l'idea secondo la quale, ciò nonostante, l'argomentazione giudiziale dovrebbe essere secondo me 'razionalmente giustificata'.

L'ideale dell'argomentazione razionale non ha nulla a che vedere con specifiche tecniche di interpretazione del diritto e/o di risoluzione delle antinomie, men che meno con il bilanciamento, nel senso che non prende posizione in merito a quale sia la migliore dottrina dell'interpretazione, se quella fondata sul metodo storico, teleologico-sistematico e così via. Il fatto che nella dottrina costituzionalistica americana, e non solo, il *balancing-test*, il bilanciamento tra principi (magari ispirato a presunti criteri di ragionevolezza), abbia questo valore non è cosa che mi riguarda, né si tratta di un elemento necessario della definizione di bilanciamento. Quanto ho proposto è solo una definizione esplicativa del modello di bilanciamento noto come 'ad hoc balancing', *esplicativa* proprio perché assume come rilevanti alcune proprietà (la rilevanza del singolo caso concreto, e a fortiori l'incompatibilità con un'argomentazione razionale) del modello originario, ma volutamente ne trascura altre considerate come non essenziali. Come emerge, credo chiaramente, dalla lettura della tesi di dottorato, per 'bilanciamento' non intendo un modello di risoluzione delle antinomie tra 'regole' alternativo ad altri modelli né identifico il bilanciamento con un argomento (o una dottrina) dell'interpretazione alternativo e/o migliore di altri.

Per 'bilanciamento' intendo semplicemente l'attività o l'argomentazione con la quale si impone una gerarchia assiologica tra due o più principi in relazione ad uno o più casi: cioè un metodo di risoluzione delle antinomie, dei conflitti, tra principi<sup>6</sup>. Come tale il bilanciamento non deve necessariamente contrapporsi ad altre dottrine dell'interpretazione. Può essere usato in subordine ad altri (o a tutti gli altri) argomenti dell'interpretazione, cioè quando (tutti) gli altri argomenti non diano risultati sufficientemente determinati, e può essere usato, come spiego nella tesi, per portare a compimento il metodo sistematico, inteso come metodo che prescrive l'uso dell'argomento della conformità ai principi del diritto, qualora vi siano differenti principi in conflitto applicabili ad un caso.

## 2. *Analisi e rigetto delle critiche di Itzcovich*

### 2.1 Difesa della mia definizione di bilanciamento

Al di là dei fraintendimenti in merito alle tesi effettivamente da me sostenute, Itzcovich elabora alcune critiche al modo in cui definisco il bilanciamento 'ad

---

<sup>6</sup> Per una definizione parzialmente analoga vedi R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, pag. 228 e ssgg. e 302 e ssgg.

hoc', il bilanciamento 'definitorio' e il bilanciamento 'ragionevolmente definitorio'. Vediamole.

a) Secondo Itzcovich "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"<sup>7</sup>. Inutile dire che non condivido l'affermazione dell'autore. Il punto, tuttavia, è un altro. L'argomentazione di Itzcovich, oltre a non essere fondata, non è sufficientemente argomentata, cioè non dice per quali ragioni la nozione di argomentazione razionale è, o sarebbe, incerta né tiene conto degli argomenti da me elaborati nella tesi di dottorato. Non mi soffermerò oltre su questo punto, rimandando il lettore, per ulteriori approfondimenti, a quanto da me sostenuto nel saggio introduttivo pubblicato in questo fascicolo<sup>8</sup>, se non per sottolineare due aspetti.

Il primo è che la mia definizione di 'ad hoc balancing' è sicuramente migliore, cioè meno ambigua o indeterminata, di quella diffusa nella letteratura nordamericana. Quest'ultima, infatti, è talmente confusa che alcuni autori cominciano a ironizzare sulla possibilità di distinguere l'ad hoc balancing' dal 'definitional balancing', nonché sulla possibilità di applicare tali nozioni alla giurisprudenza della Corte Suprema<sup>9</sup>. In secondo luogo, è vero che le nozioni di 'bilanciamento ad hoc' e 'bilanciamento ragionevolmente definitorio', come da me definite, hanno un certo grado di indeterminatezza, ma tale indeterminatezza non solo non è a priori eliminabile, ma è strutturale.

Ciò in quanto i due modelli di bilanciamento sono strutturalmente collegati alla nozione di razionalità (in particolare alla nozione di *razionalità limitata*) e quest'ultima, come spiego sia nella tesi che nel saggio, non può (e, dunque, non deve), oltre un certo limite, essere *precisata*, indipendentemente dall'individuazione di un contesto discorsivo e di un insieme di variabili (ad esempio, l'insieme di assunzioni teoriche ed empiriche condivise dalla comunità del discorso, l'insieme di risorse temporali ed economiche disponibili, un set di valori di fondo condiviso dalla comunità medesima, ecc...). In tal senso, l'insieme delle condizioni in presenza delle quali si ha un'argomentazione razionale (e dunque un 'bilanciamento ragionevolmen-

---

<sup>7</sup> G. Itzcovich, *Bilanciamento ad hoc e bilanciamento definitorio. Bilanciamento "ragionevolmente definitorio"? Ponderazione fra principi e teoria dell'argomentazione giuridica nella ricerca di Giorgio Maniaci*, cit., § 2.

<sup>8</sup> Si tratta del saggio dal titolo *Equilibrio riflessivo e discorso razionale nell'argomentazione giudiziale*.

<sup>9</sup> Di "un-definitionalness of definitional balancing" e di "artificiality of the distinction between definitional e ad hoc balancing" parla Aleinikoff, secondo il quale, così come definita nella letteratura costituzionalistica nordamericana, "it is simply a matter of taste whether one views... (some) cases as illustrations of definitional or 'ad hoc' balancing". Vedi T. Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, "Yale Law Journal", Vol. 96, n° 5, 1987 (pp. 943-1005), pag. 980-981, soprattutto nt. 230. Tale giudizio di Aleinikoff è, del resto, del tutto giustificato, almeno fino a quando continuano a circolare definizioni celebri (per la loro chiarezza e linearità) come quella del giudice Frankfurter nel famoso caso *Dennis v. United States*, secondo il quale il giudice deve procedere per "candid and informed weighing of the competing interests, within the confines of the judicial process, than by announcing dogmas too inflexible for the non-Euclidian problems to be solved".

te definitorio’) non è, e non può essere, in astratto e apriori, totalmente determinato, ma è sempre, in presenza di certe variabili contingenti, determinabile.

b) All’inizio del § 3. Itzcovich coglie un punto essenziale della mia definizione di bilanciamento ad hoc, definitorio e ragionevolmente definitorio. “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”<sup>10</sup>.

Come spiego e argomento in differenti passaggi della tesi di dottorato non ritengo possibile, neppure in condizioni epistemiche ideali, individuare *tutte* le proprietà rilevanti nel bilanciamento (morale o giuridico) tra due principi al fine di risolvere uno o più casi. Anzi la tesi della necessaria *defettibilità* della regola risultato del bilanciamento è una delle assunzioni fondamentali della mia argomentazione.

Quanto sostengo, più modestamente, è che un giudice o un giurista può determinare (è questo il caso del bilanciamento definitorio) una legge di collisione tra due principi del diritto, ad esempio costituzionali, in competizione facendo riferimento a *tutte le circostanze*, o proprietà, che, date le assunzioni teoriche ed empiriche condivise dalla comunità del discorso, siano conosciute o ragionevolmente conoscibili. La possibilità di individuare *tutte* le circostanze rilevanti, sono d’accordo con Itzcovich, evoca l’immagine del Giudizio divino.

Secondo l’autore, tuttavia “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”.

Premesso che l’argomentazione dell’autore è insufficiente perché non tiene conto di (e non risponde ad) alcuni argomenti da me presentati nella tesi di dottorato in tema di particolarismo morale e giuridico, Itzcovich elabora due argomenti in supporto di tale tesi. Il primo non convince. Il secondo pone un’obiezione interessante, parzialmente fondata, ma che non serve a demolire la (ri)definizione da

---

<sup>10</sup> Successivamente, per ragioni caritatevoli, Itzcovich si domanda se i tre modelli di bilanciamento, come da me definiti, non siano meglio interpretabili nel senso che l’insieme delle circostanze rilevanti dipende dalla regola formulata dal giudice, perché questo insieme non può preesistere, secondo Itzcovich, alla formulazione di tale regola, ma da essa risulta. Tale interpretazione – lo preciso a scanso di equivoci – non è affatto coerente con quanto sostengo nel testo (cosa del resto cui accenna lo stesso Itzcovich), ma è ipotizzata dall’autore per rendere più ragionevole la mia teoria, che altrimenti poggerebbe, secondo lui, su un’assunzione assurda. Sorvolerò, infine, su alcune implicazioni logiche (che non comprendo né condivido) che Itzcovich dedurrebbe dalla tesi, da me condivisa, secondo la quale è possibile determinare (entro i limiti da me indicati), prima della formulazione della legge di collisione tra i principi da parte del giudice, l’insieme delle circostanze rilevanti. Una delle implicazioni che Itzcovich dedurrebbe da tale tesi (non capisco come) è che, secondo me, “tutti i bilanciamenti di fatto applicati dai giudici sono ragionevolmente definitivi”. Al contrario, il guaio della mia definizione di ‘bilanciamento ad hoc’ è che la maggior parte delle argomentazioni avanzate dai giudici in loro sostegno costituiscono un’ipotesi di bilanciamento ad hoc.

me effettuata dei tre modelli di bilanciamento, semmai ne impone una correzione, un perfezionamento.

Il primo argomento vuole che “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’”<sup>11</sup>. Qui Itzcovich confonde due nozioni differenti. Immaginiamo un giudice, Parker, che appartiene ad un ordinamento giuridico, e ad una comunità di giudici e giuristi di quell’ordinamento. Quando parlo di ‘circostanze ritenute rilevanti’, ad esempio, dall’ordinamento giuridico del giudice Parker, faccio riferimento ad alcune proprietà o caratteristiche ritenute rilevanti *non dal giudice* sulla base dei suoi giudizi di valore, ma (implicitamente o esplicitamente) dall’ordinamento giuridico, e/o dalla comunità giuridica, cui appartiene. Ad esempio, il fatto che Tizio ha cagionato la morte di un uomo per vendetta anziché per legittima difesa, è una circostanza ritenuta rilevante da molti ordinamenti giuridici e da molte comunità. Essa è rilevante perché la sua presenza o assenza fa sorgere (sulla base del principio kelseniano di imputazione) determinate conseguenze giuridiche (o morali). Il fatto che Tizio, immediatamente prima di cagionare la morte di un uomo, abbia bevuto un caffè nel bar all’angolo, anziché a casa sua, non è una circostanza ritenuta rilevante in molti ordinamenti giuridici né in molte comunità. Credo si possa tranquillamente dire che non lo sia nella nostra.

L’insieme delle circostanze rilevanti può essere oggetto di controversia all’interno di un determinata comunità o di un ordinamento giuridico, e dipende dai valori accettati da quella comunità o da quell’ordinamento. Ma tale insieme può essere descritto, rappresentato e non è oggetto di *decisione* da parte del giudice. Se poi l’attribuzione di significato a credenze e atteggiamenti (valutativi) altrui sia un’attività avalutativa, oppure parzialmente valutativa, è materia controversa che non posso trattare, ma la risoluzione di tale questione – tra le più complesse nel panorama filosofico attuale – non credo abbia nulla a che vedere con l’argomento di Itzcovich, che anzi sembra presupporre una concezione epistemologica che accoglie una distinzione netta tra discorsi descrittivi (anche se vertono su fatti umani e/o su valori) e discorsi prescrittivi<sup>12</sup>.

Il secondo argomento di Itzcovich è che “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 an-

---

<sup>11</sup> G. Itzcovich, *Bilanciamento ad hoc e bilanciamento definitorio. Bilanciamento “ragionevolmente definitorio”? Ponderazione fra principi e teoria dell’argomentazione giuridica nella ricerca di Giorgio Maniaci*, cit., § 3.

<sup>12</sup> Per una discussione approfondita di tali problematiche vedi B. Celano, *Dialettica della giustificazione pratica*, Giappichelli, Torino, 1994, pag. 294 e ssgg.; D. Davidson, *Inquiries into Truth and Interpretation*, Clarendon Press, Oxford, 1984; B.T. Ramberg, *Donald Davidson’s Philosophy of Language. An Introduction*, Basil Blackwell, Oxford, 1989, pag. 93-94; V. Villa, *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo. Lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, in particolare pagg. 237-238; V. Villa, *Teorie giuridiche e giudizi di valore*, in P. Comanducci e R. Guastini (a cura di), “Analisi e diritto 1997. Ricerche di giurisprudenza analitica”, Giappichelli, Torino, 1998, pagg. 260-261 e V. Villa, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Torino, 1999.

che 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 ... 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”<sup>13</sup>.

L’obiezione è, come dicevo, parzialmente fondata<sup>14</sup>. Il giudice non può prevedere tutte le modifiche costituzionali e legislative che in futuro saranno rilevanti in merito alla determinazione di una legge di collisione tra principi del diritto in competizione. Può trattarsi di una modifica costituzionale che abroga un principio costituzionale espresso, ad esempio una revisione costituzionale che abroga il principio che tutela il diritto all’onore, tradizionalmente in conflitto con il principio che tutela la libertà di espressione, oppure che risolve *espressamente* un caso, tra i tanti, di conflitto tra principi del diritto (ad esempio si introduce nella costituzione una norma secondo la quale i mass-media non possono diffondere notizie false, lesive dell’altrui reputazione, senza il consenso della persona interessata). La mia definizione, dunque, dovrebbe essere modificata nel senso che quando il giudice opera un bilanciamento *definitorio* individua (e può individuare) tutte le circostanze in presenza delle quali un principio prevale sull’altro, solo in presenza di *tre condizioni* limitative, cioè (a) un set dato di assunzioni teoriche ed empiriche condivise dalla comunità del discorso, (b) un insieme dato di norme (regole e principi) appartenenti a quell’ordinamento giuridico e rilevanti ai fini del bilanciamento, e (c) un insieme di valori condivisi dalla comunità di giudici e giuristi<sup>15</sup>. Se uno dei tre set viene in futuro modificato, allora ciò costituirà una ragione valida per introdurre un’eccezione alla regola risultato del bilanciamento definitorio.

---

<sup>13</sup> G. Itzcovich, *Bilanciamento ad hoc e bilanciamento definitorio. Bilanciamento “ragionevolmente definitorio”? Ponderazione fra principi e teoria dell’argomentazione giuridica nella ricerca di Giorgio Maniaci*, cit., § 3.

<sup>14</sup> È fondata nel senso che il giudice non può prevedere tutte le modifiche future, soprattutto del legislatore ordinario e costituzionale, rilevanti in merito al bilanciamento. Quanto ai principi del diritto non ho mai sostenuto che siano “cose”, ma sostenere, sic et simpliciter, che questi dipendono dalla formulazione del linguaggio giuridico non è una tesi scettica, è una tesi ambigua e confusa. Sulle problematiche relative alla natura del processo di identificazione e ricostruzione dei principi del diritto rimando a quanto sostenuto nei paragrafi 2., 2.1, 2.2, 2.3 e 2.4 del Cap. II della Seconda Parte della tesi di dottorato citata.

<sup>15</sup> In questo caso il sintagma ‘valori condivisi’ può essere inteso in due modi. O nel senso dei valori condivisi dalla maggioranza della comunità medesima (o da una minoranza significativa della comunità, ma che, tuttavia, siano ritenuti ‘accettabili’ all’interno della maggioranza) oppure dai valori, anche i più strani e assurdi, condivisi da qualunque minoranza della comunità. Nel primo caso, sebbene l’identificazione della nozione di ‘maggioranza’ della comunità o di ‘minoranza significativa’ imporrebbe, in alcuni ‘casi limite’, il ricorso necessario a giudizi di valore, non per questo avrebbe senso parlare dell’identificazione delle circostanze ritenute ‘moralmente’ rilevanti dalla maggior parte dei membri della comunità come di un’attività decisoria, cioè (prevalentemente o esclusivamente) prescrittiva o normativa.

## 2.2 Critica dell'ipotesi ricostruttiva di Itzcovich

Nel suo saggio Itzcovich propone una diversa ricostruzione della distinzione fra 'bilanciamento ad hoc' e 'bilanciamento definitorio'. Secondo Itzcovich, la sua ridefinizione ha una serie di pregi che la mia non avrebbe, ed è idonea a superare alcuni dei difetti della mia ridefinizione. A questo proposito sosterrò tre tesi differenti. La prima è che, dal punto di vista generale, la ridefinizione proposta dall'autore è concettualmente poco chiara. In secondo luogo, essa si fonda, come vedremo nel paragrafo successivo, su alcune assunzioni concettuali sbagliate o non condivisibili. In terzo luogo, dal punto di vista della mia tesi di dottorato, che è sempre, non dimentichiamolo, il punto di partenza di questa discussione, la ridefinizione proposta da Itzcovich non sarebbe utile all'interno dello schema teorico della mia tesi.

La ridefinizione proposta da Itzcovich delle nozioni di 'bilanciamento ad hoc' e di 'bilanciamento definitorio' ha il pregio, in questo l'autore ha perfettamente ragione, dell'assoluta fedeltà, ammesso che ciò sia possibile, al *balancing-test* definito nella letteratura nordamericana: essa, infatti, ripropone in sé tutta l'ambiguità e la confusione della distinzione originaria. A mio avviso, vi sono soltanto tre interpretazioni possibili della (ri)definizione *à la* Itzcovich, le medesime interpretazioni che ho sempre pensato fossero possibili delle definizioni di bilanciamento ad hoc e definitorio *à la* Frankfurter. Delle due l'una: o tali definizioni sono reinterpretabili in uno dei sensi da me indicati nella tesi di dottorato, oppure il bilanciamento ad hoc sfiora il *non sense* giuridico. Se, tuttavia, si reinterpreta la definizione di 'ad hoc balancing' effettuata da Itzcovich nel modo da me indicato, allora essa viene a coincidere, almeno parzialmente, con la definizione di Itzcovich di 'bilanciamento definitorio'.

Secondo Itzcovich "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>16</sup>

Ma cosa vuol dire che la regola, risultato del bilanciamento, è un "provvedimento particolare e concreto"? Ovvero che "la decisione tendenzialmente vale solo per il caso concreto"? Ci sono differenti possibili interpretazioni. La prima è che il bilanciamento esprime una norma particolare, del tipo 'Tizio, nato a...', è condannato al risarcimento della somma X nei confronti di Caio, nato a...', una norma che risolve autoritativamente un caso concreto, accaduto nel tempo e nello spazio (ad esempio quello di Tizio che ha investito con la propria automobile Caio, il giorno

---

<sup>16</sup> G. Itzcovich, *Bilanciamento ad hoc e bilanciamento definitorio. Bilanciamento "ragionevolmente definitorio"? Ponderazione fra principi e teoria dell'argomentazione giuridica nella ricerca di Giorgio Maniaci*, cit., § 4.

7/8/2003, alle ore..., in via...) e che impone diritti e obblighi soltanto a determinati soggetti, non a classi di persone in generale.

Un caso concreto, infatti, secondo la definizione di Alchourrón e Bulygin<sup>17</sup>, è appunto un caso definito da precise coordinate spazio-temporali. L'uccisione di J. F. Kennedy è un *caso concreto* di omicidio politico, perché è un evento storico spazio-temporalmente ben definito. Un caso generico è, invece, delimitato da un insieme, un set, di proprietà, o circostanze, astratte o generali, all'interno del quale sono sussumti tutti gli eventi, o gli oggetti, concreti che posseggono quelle proprietà. L'omicidio politico, cioè l'ipotesi in cui un essere umano cagiona la morte di una persona per motivi politici, è un *caso generico* ed è definito da proprietà generali, come 'il cagionare la morte di una persona', 'l'aver agito per motivi politici', ecc...

In altri termini, secondo questa prima interpretazione, l'affermazione secondo la quale 'il bilanciamento ad hoc vale solo per il caso concreto' dovrebbe essere intesa nel senso, ovvio, che 'la sentenza fa stato fra le parti e i loro aventi causa'<sup>18</sup>. Tale interpretazione non ha chiaramente senso. Non perché la sentenza non esprima una norma particolare, cosa banalmente vera. Ma perché questo vale per tutte le sentenze che hanno ad oggetto la risoluzione di un caso concreto, e per tutte le tipologie di bilanciamento contenute nella motivazione di quelle sentenze, non soltanto il bilanciamento ad hoc.

Quanto detto ci consente di sciogliere un primo possibile equivoco. Quando si parla di 'circostanze valide solo per il caso concreto' oppure della necessità che il giudice consideri in modo attento e trasparente tutti gli interessi (o le circostanze) in gioco nel caso concreto non si sta parlando di *circostanze concrete*. Le circostanze o le proprietà sono sempre astratte, generali. Al massimo possiamo parlare di circostanze che sono presenti nel caso in oggetto oppure che non sono presenti.

Da questo punto di vista il bilanciamento ad hoc non costituisce un "provvedimento particolare e concreto" perché il risultato del bilanciamento è sempre, necessariamente, (oltre una norma particolare anche) uno standard generale e astratto. Può essere una regola defettibile, indeterminata, può essere ambigua e mal argomentata. Ma è, e resterà sempre, uno standard generale, perché individuato da proprietà generali. Quando si dice che 'il bilanciamento ad hoc è valido soltanto nel caso concreto' allora cosa si vuole dire? La seconda possibile interpretazione dell'affermazione secondo la quale le circostanze individuate dal giudice valgono solo per il caso deciso è che le circostanze di carattere generale in presenza delle quali un principio deve, secondo il giudice, prevalere sull'altro in un determinato caso concreto, valgono solo per quel caso spazio-temporalmente definito.

---

<sup>17</sup> Alchourrón e Bulygin distinguono, in particolare, tra "caso individual" e "caso genérico". Vedi C. E. Alchourrón e E. Bulygin, *Introducción a la metodología de la ciencias jurídicas y sociales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987, pag. 58.

<sup>18</sup> "L'art. 2909 c.c. pone chiaramente i limiti soggettivi ed oggettivi del giudicato. È una naturale disciplina, perché il concreto nasce sempre particolare, ... riferito cioè a determinati soggetti e a posizioni determinate di questi soggetti. Soggettivamente è detto che l'accertamento fa stato 'tra le parti, i loro eredi e aventi causa'". Vedi S. Satta e C. Punzi, *Diritto Processuale civile*, Cedam, Padova, 1996, pag. 252 e ssgg.

Anche questa seconda interpretazione sembrerebbe, almeno negli Stati Costituzionali occidentali, un puro *non sense* giuridico<sup>19</sup>. Immaginate una Corte di Appello di uno Stato Costituzionale occidentale che risolva il caso di un giornale che ha divulgato, il 15 agosto del 2002, la notizia, falsa, secondo la quale Sempronio, un noto politico, è stato condannato in passato per ricettazione, nel senso di far prevalere il principio, costituzionalmente garantito, che tutela il diritto all'onore sul principio, anch'esso fornito di copertura costituzionale, che tutela la libertà di espressione. Immaginiamo si tratti di un'ipotesi di lacuna all'interno di quell'ordinamento giuridico. Secondo la Corte di Appello le ragioni da lei avanzate, nella motivazione, in favore di quel bilanciamento sono giuridicamente *valide*. E tuttavia, tale gerarchia assiologica vale soltanto per quel caso concreto. Se si presenta un caso concreto differente, ad esempio il caso dello stesso giornale che abbia divulgato, *il 15 agosto del 2003*, la notizia, falsa, secondo la quale Sempronio, il medesimo politico, è stato condannato in passato per ricettazione, la Corte avverte che potrebbe decidere il caso in modo differente, senza alcun bisogno di operare *distinguishing* rispetto al caso precedente, cioè di individuare *una ragione*, una caratteristica, sempre generale, che differenzi i due casi.

La terza possibile interpretazione dell'idea secondo la quale le “sole circostanze rilevanti sono quelle esplicitate dal giudice nell'argomentazione e sono rilevanti solo nel caso deciso”, è quella che, erroneamente, Itzcovich ritiene caratterizzi (esclusivamente) il bilanciamento definitorio, quella che coincide con la definizione (*rectius* con la prima tipologia) da me proposta di bilanciamento ad hoc. Ed è l'unica sensata, l'unica interpretazione (definizione) che consente di evitare la decadenza e il discredito della nozione di ‘ad hoc balancing’: perché, come sottolinea Aleinikoff, così come definita nella letteratura costituzionalistica nordamericana, “it is simply a matter of taste whether one views...(some) cases as illustrations of definitional or ‘ad hoc’ balancing”<sup>20</sup>.

Nel caso del bilanciamento ad hoc le ragioni giuridiche, le circostanze rilevanti, individuate nella motivazione non devono necessariamente, secondo il giudice che emana la sentenza e opera il bilanciamento ad hoc, essere applicate ai casi futuri analoghi, cioè che presentano le medesime caratteristiche rilevanti. In altri termini la regola individuata dal giudice è, da un lato, necessariamente defettibile, cioè sono inapplicabili sia la regola del *modus ponens* che quella del rinforzo

---

<sup>19</sup> In realtà, a voler essere più cinici e meno idealisti, se una Corte di Appello di uno Stato Costituzionale occidentale affermasse che la gerarchia assiologica individuata, cioè le circostanze di carattere generale in presenza delle quali un principio (ad esempio) costituzionale deve prevalere sull'altro, valgono solo per il caso concreto deciso e che se si presenta un caso concreto differente la Corte di Appello potrebbe decidere il caso in modo diverso, senza alcun bisogno di operare *distinguishing* rispetto al caso precedente, cioè di individuare una ragione, una caratteristica, sempre generale e giuridicamente valida, che differenzi i due casi, allora ciò avrebbe due conseguenze: la violazione (del nucleo fondamentale) del principio di uguaglianza formale (cioè, tratta i casi uguali in modo uguale) e la violazione dell'obbligo di motivazione imposto ai giudici. Una decisione del genere, infatti, equivarrebbe ad affermare che una Corte d'Appello ha e può esercitare (dove la legge o i principi del diritto, ad esempio, non dispongono in modo chiaro ed esplicito) un potere, non discrezionale bensì, del tutto arbitrario.

<sup>20</sup> Vedi *supra*, nota 9.

dell'antecedente, dall'altro lato, essa è ricostruita al fine di risolvere il caso concreto, cioè non tiene conto di proprietà assenti nel caso concreto in oggetto.

È come se il giudice dicesse: il caso Z, quello di un giornale che ha divulgato, il 15 agosto del 2002, la notizia, falsa, secondo la quale Sempronio, un noto politico, è stato condannato in passato per ricettazione, deve essere deciso nel senso di far prevalere il principio, costituzionalmente garantito, che tutela il diritto all'onore sul principio che tutela la libertà di espressione. Ma le circostanze rilevanti, le ragioni giuridiche, individuate non sono condizioni sufficienti del prevalere del principio che tutela il diritto all'onore sul principio che tutela la libertà di espressione. Non è vero, in altri termini, che è *sempre* illecito diffondere, tramite un mass-media, notizie false. Perché, ad esempio, è possibile che in futuro si presenti un caso che ha tutte le caratteristiche rilevanti del caso precedente (diffusione di una notizia falsa da parte di un mass-media), più un'altra proprietà che impone una soluzione differente (ad esempio il caso in cui la notizia, sebbene falsa, sia stata oggetto di un'attenta e diligente documentazione da parte del giornalista, cioè che questi non sapesse né avrebbe potuto sapere, usando l'ordinaria diligenza, che la notizia era falsa. In questo caso si potrebbe argomentare che il giornale non dovrebbe essere condannato al risarcimento del danno)<sup>21</sup>.

Tale definizione di 'bilanciamento ad hoc' ha, a ben vedere, alcune delle caratteristiche che Frankfurter (nonché Itzcovich) aveva, probabilmente, desiderato. È uno strumento pragmatico, flessibile, perché il giudice non deve individuare a priori l'universo di tutte le circostanze rilevanti (conosciute o conoscibili, dato s'intende un insieme di assunzioni teoriche ed empiriche, dato un insieme di norme, regole e principi, appartenenti a quell'ordinamento giuridico e, rilevanti ai fini del bilanciamento e dato un insieme di valori condivisi dalla comunità di giudici e giuristi). Né deve procedere a "distinzioni assai ardue e dolorose tra ciò che in astratto rientra e ciò che sta fuori dalla garanzia costituzionale"<sup>22</sup> o elaborare "dogmas too inflexible". Il giudice costruisce la regola, risultato del bilanciamento, esclusivamente al fine di risolvere il caso concreto in oggetto, ed esclusivamente tenendo conto di proprietà presenti in quel caso.

In secondo luogo, tale regola è *sempre* defettibile, senza se e senza ma, cioè indefinitamente aperta a futuri e indeterminati distinguishing. In tal senso il giudi-

---

<sup>21</sup> Ad una conclusione analoga giunge Roberto Bin. Dopo aver ricordato che la definizione tramandataci dalla dottrina e dalla giurisprudenza americana – la medesima sostenuta da Frankfurter e Itzcovich – vuole che il 'definitional balancing' individui "una regola generale e astratta, seppure provvisoria e modificabile..." in futuro, mentre l'ad hoc balancing' comporterebbe "non...l'enunciazione di una regola, ma la considerazione attenta degli interessi in gioco nel caso specifico" l'autore sottolinea, innanzitutto, che tale definizione "pecca di una notevole dose di approssimazione, né è esente da qualche contraddizione". Per concludere sostenendo che "la contrapposizione non convince molto: l'ad hoc approach procede davvero prescindendo dall'applicazione di una regola – come concretizzazione del 'principio' costituzionale... – o semplicemente si astiene dall'enunciarla?" In tal senso astenersi dall'enunciare la regola completa equivale a considerare (la regola, cioè) le caratteristiche, le condizioni, in presenza delle quali un principio prevale sull'altro, in relazione ad un determinato caso concreto, come defettibili. Vedi R. Bin, *Diritti e argomenti*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 65-66, nt. 160.

<sup>22</sup> R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit., p. 65, nt. 160.

ce non deve preoccuparsi di risolvere altri casi, altri interessi in conflitto. Il giudice si trova dinanzi il caso Z, quello di un giornale che ha divulgato, il 15 agosto del 2002, la notizia, falsa, secondo la quale Sempronio, un noto politico, è stato condannato in passato per ricettazione. Dunque non deve occuparsi di casi nei quali viene divulgata una notizia vera, ma socialmente inutile, di casi nei quali viene divulgata una notizia vera, socialmente utile, ma con un linguaggio denigratorio, ecc... In ciò, dunque, sta la rilevanza del (o l'ossessione per il) singolo caso concreto, tipica del bilanciamento ad hoc: nel fatto che il caso concreto delimita il *thema decidendum*, e il giudice non deve risolvere altri casi delimitati da proprietà differenti, cioè assenti nel caso in oggetto.

Tale definizione di bilanciamento ad hoc coincide, tuttavia, almeno parzialmente, con quella che Itzcovich dà di 'bilanciamento definitorio', perché se, secondo Itzcovich, la regola di collisione nel bilanciamento definitorio è una regola destinata sì a disciplinare casi analoghi che si presentino in futuro ma defettibile, ciò vuol dire che la regola non trova, necessariamente, applicazione ai casi futuri che hanno le medesime caratteristiche individuate dal giudice nei casi precedenti, essendo il giudice appunto "libero di valutare altre circostanze che egli ritenga rilevanti". L'unica differenza, sulla base della (mia reinterpretazione della) distinzione *à la* Itzcovich, tra bilanciamento ad hoc e bilanciamento definitorio starebbe eventualmente nel fatto che nel primo la regola è ritagliata *esclusivamente* su misura di alcune delle proprietà rilevanti presenti nel caso concreto, mentre nel secondo il giudice, oltre a disciplinare il caso da decidere, può spingersi a risolvere anche altri casi generici, che presentano proprietà assenti nel caso concreto.

In conclusione, la ridefinizione di Itzcovich, così reinterpretata e corretta, è legittima, ed è certamente idonea al raggiungimento di alcuni degli obiettivi che Itzcovich si prefiggeva: il bilanciamento resta uno strumento flessibile, la decisione vale soltanto per un determinato caso e non ambisce a risolvere tutti i casi di conflitto fra i medesimi principi. In secondo luogo, cosa che Itzcovich considera particolarmente importante, tali ridefinizioni evitano il riferimento alla *pestilenziale* 'procedura argomentativa razionale' e sono "più vicine agli usi giurisprudenziali". Non so se tali ridefinizioni siano più vicine agli usi giurisprudenziali. Si tratta di una questione fattuale. Il problema è se questo sia un valore da perseguire. Se i giudici usano modelli teorici confusi o poco utili dobbiamo adeguarci alla loro palude concettuale?

Dal punto di vista generale, non ritengo tali ridefinizioni (tranne quella di 'bilanciamento ad hoc' che è analoga alla 1° tipologia da me individuata) particolarmente efficaci, sia a fini descrittivi che, soprattutto, prescrittivi, per il semplice fatto che do rilevanza a ciò che Itzcovich considera poco importante. Il fatto, cioè, che le decisioni giudiziali debbano essere (oppure siano o non siano) razionalmente giustificate, cioè il più possibile coerenti, trasparenti e controllabili. Anche perché, cosa che Itzcovich sembra dimenticare, la razionalità della motivazione è una 'condicio sine qua non' della possibilità "sia di un controllo istituzionale, da parte

delle giurisdizioni superiori, sia di un controllo sociale o diffuso da parte della comunità degli interpreti<sup>23</sup>.

In ultima analisi, tali ridefinizioni elaborate da Itzcovich non sono (né sarebbero state) funzionali con riguardo alla mia tesi di dottorato, dove rilevano, invece, altre proprietà. Ad esempio il fatto che nel ‘bilanciamento definitorio’, come da me inteso, il giudice costruisce la regola risultato del bilanciamento al fine di risolvere tutti i casi di antinomia tra i principi in competizione (s’intende tutti i casi conosciuti o conoscibili, dato un insieme di assunzioni teoriche ed empiriche, dato un insieme di norme, regole e principi, appartenenti a quell’ordinamento giuridico e rilevanti ai fini del bilanciamento, e dato un insieme di valori condivisi dalla comunità di giudici e giuristi), circostanza essenziale per definire l’equilibrio riflessivo ristretto. Oppure il fatto che il bilanciamento sia razionalmente giustificato. E del resto, nella tesi medesima preciso espressamente che la mia definizione di bilanciamento definitorio, a differenza di quella di bilanciamento ad hoc, più che una definizione esplicativa del modello costituzionale nordamericano si avvicina ad una definizione stipulativa<sup>24</sup>.

### 3. *Su bilanciamento e razionalità argomentativa*

#### 3.1 Perché l’‘ad hoc balancing’ è incompatibile con un’argomentazione razionale?

Come ho sostenuto nel § 1.1, secondo Itzcovich, non vi è alcuna relazione tra ‘argomentazione razionale’ e ‘ad hoc balancing’. “Il bilanciamento ad hoc non è il bilanciamento male argomentato o irragionevole...soprattutto perché l’argomentazione che sorregge un bilanciamento ad hoc può essere ‘ragionevole’ (completa, coerente, trasparente, sincera e quant’altro si voglia che sia)...”.

Al contrario, la mia idea è che vi sia una relazione concettuale necessaria tra un ‘ad hoc balancing’ e un bilanciamento che non sia ‘razionalmente giustificato’. Come già detto, con ciò non voglio dire, né mai ho detto o voluto dire, che i costituzionalisti americani sostengano, affermino *esplicitamente* che l’ad hoc balancing’ abbia tale caratteristica. In questo Itzcovich ha ragione. Ciò che ho detto e voluto dire è che l’ad hoc balancing’ è per sua natura incompatibile con un’argomentazione razionale, cioè che questa sua caratteristica (questa sua incompatibilità) è un’implicazione logica, necessaria, evidentemente da alcuni taciuta, rimossa, ferocemente negata, del modo in cui è definito dai più l’ad hoc balancing.

Nei paragrafi precedenti ho argomentato (nuovamente) la tesi secondo la quale l’ad hoc balancing’ così come definito dalla letteratura nordamericana, nonché da Itzcovich stesso, può essere interpretato soltanto in uno dei sensi da me indicati

---

<sup>23</sup> G. Itzcovich, *Bilanciamento ad hoc e bilanciamento definitorio. Bilanciamento “ragionevolmente definitorio”? Ponderazione fra principi e teoria dell’argomentazione giuridica nella ricerca di Giorgio Maniaci*, cit., § 6.

<sup>24</sup> Vedi il § 2 del cap. IV della Seconda Parte della tesi di dottorato citata, soprattutto la nota 294.

nella tesi di dottorato. Sulla base della mia definizione, due sono i parametri chiave per identificare l'ad hoc balancing'. Il primo è che si tratta di uno strumento flessibile, elastico e diretto a risolvere o un (singolo) caso concreto oppure un (singolo) caso generico, che è ricostruito, in modo razionalmente corretto, a partire dal caso concreto in oggetto. Il secondo parametro è che il bilanciamento così effettuato non viene 'razionalmente giustificato' ovvero non soddisfa, in modo sufficiente, le regole di un'argomentazione razionale.

Poiché la connessione tra i due parametri, come mostra l'incomprensione di Itzcovich, non è ovvia, ho preferito esplicitarli. In realtà non si tratta di *due parametri*, perché il secondo, l'essere il bilanciamento 'ad hoc' razionalmente non giustificato, è una conseguenza logica del primo parametro. Dove c'è il primo c'è anche il secondo, ma non viceversa ovviamente.

Premesso che l'argomentazione di Itzcovich è ampiamente insufficiente, perché non analizza gli argomenti da me proposti nella tesi di dottorato, posso dire che vi sono *differenti ragioni* che spiegano perché il bilanciamento 'ad hoc' è incompatibile con un'argomentazione razionale. E tuttavia non posso, in questa sede, riprendere interamente tutti gli argomenti da me elaborati nella tesi di dottorato. Mi limiterò, dunque, ad alcune considerazioni.

Una *prima ragione* di incompatibilità, forse la più evidente, è che, ad esempio, nella *prima tipologia* da me individuata di 'bilanciamento ad hoc', che coincide con la (mia reinterpretazione della) definizione di Itzcovich, quest'ultimo produce una regola *sempre* defettibile, cioè indefinitamente aperta a futuri e indeterminati distinguishing, di modo che essa non trova necessariamente applicazione ai casi futuri che abbiano le medesime caratteristiche rilevanti. Ciò costituisce una violazione palese di una delle regole fondamentali di una procedura argomentativa razionale<sup>25</sup>.

L'argomento testé esposto è molto importante, ma non è esaustivo. Esso non riguarda, infatti, tutte le tipologie di bilanciamento ad hoc (da me elaborate), e può essere affiancato da un argomento differente, in un certo senso più generale. Una *seconda ragione* di incompatibilità (sintetizzata al massimo) tra bilanciamento ad hoc e argomentazione razionale è che l'ossessione del bilanciamento 'ad hoc' è quella di disciplinare un *singolo* caso (concreto o generico, ricostruito a partire dal caso concreto da decidere), cioè la necessità che il giudice non si occupi di altri casi di conflitto tra due principi. Al contrario, partecipare ad un'argomentazione razionale implica, sempre, tessere una rete di analogie e differenze rilevanti tra un insieme di casi, c.d. paradigmatici, in relazione ai quali regna un accordo tra i partecipanti al discorso (in questo caso giuridico) e un insieme di casi ritenuti dalla medesima comunità dubbi o controversi<sup>26</sup>. Ciò implica che la possibilità stessa di

---

<sup>25</sup> Si tratta del principio di universalizzazione o di giustizia formale secondo il quale 'Ogni partecipante alla discussione che applica il predicato F ad un oggetto (azione) **a** deve applicare il medesimo predicato ad ogni altro oggetto che sia uguale ad **a** sotto ogni profilo rilevante'. Per una spiegazione più esauriente sulle differenti ragioni di incompatibilità tra bilanciamento ad hoc e argomentazione razionale vedi il § 3. del Cap. IV della Seconda Parte della tesi di dottorato citata.

<sup>26</sup> Sul fatto che un bilanciamento tra principi, morali e/o giuridici (così come un'argomentazione morale tout-court), che voglia essere razionalmente giustificato, implichi la ricerca di analogie tra casi paradigmatici, condivisi dai partecipanti ma non per questo non rivedibili, e casi dubbi vedi, tra i tanti, J.C. Bayon, *Derecho, convencionalismo y controversia* in P. E. Navarro e C. Redondo,

disciplinare un *singolo caso* (non solo concreto ma anche) generico è incompatibile con l'idea di un bilanciamento 'razionalmente giustificato'. In tal senso possiamo distinguere due tesi, una forte ed una debole.

La tesi forte, secondo la quale vi è *assoluta incompatibilità* tra 'bilanciamento ad hoc' e 'argomentazione razionale', ha senso se la rete di analogie e differenze viene intessuta non soltanto tra casi (generici) paradigmatici di conflitto tra i principi in competizione nel caso concreto e casi controversi di conflitto tra i medesimi principi, ma anche con altri casi che costituiscono applicazione, istanza o casi di conflitto tra principi (parzialmente) differenti da quelli considerati in gioco nella risoluzione del caso concreto in oggetto. Una tesi, più debole, da me difesa nella tesi di dottorato (che possiamo chiamare della *parziale incompatibilità* tra bilanciamento ad hoc e 'argomentazione razionale'), afferma che un bilanciamento che voglia disciplinare un *singolo caso* generico in cui due principi vengono in conflitto e che voglia essere 'razionalmente giustificato' si trasforma, *in molti casi ma non necessariamente*, in un bilanciamento che rinvia o presuppone la soluzione di altri casi di conflitto tra i *medesimi principi*, circostanze o casi di conflitto che erano apparentemente rimasti fuori dal bilanciamento. Tuttavia, non ripeterò qui gli argomenti già proposti nella tesi di dottorato<sup>27</sup>.

---

*La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica moral y política*, Gedisa, Barcelona, 2002, pag. 79-81; S.L. Hurley, *Coherence, Hypothetical Cases, and Precedent*, 10 "Oxford Journal of Legal Studies" 221 (Summer 1990); M. Iglesias Vila, "Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional" in AAVV, *Papers del V congresso ispano-italiano di filosofia del diritto*, "Teoría del derecho y Tribunal Constitucional", Alicante 21-23 ottobre 1999, pag. 21; J.J. Moreso, *Conflitti tra principi costituzionali*, "Ragion Pratica", 18, 2002 (pubblicato anche in "Diritto e Questioni Pubbliche", 2, 2002, URL: <http://www.dirittoquestionipubbliche.org>). Sul fatto che qualunque processo diretto a giustificare la validità di una credenza, o la coerenza (o la razionalità) di una preferenza, non possa che prendere le mosse da un sfondo di credenze e atteggiamenti assunti come certi vedi, tra i tanti, D. Davidson, *Inquiries into Truth and Interpretation*, Clarendon Press, Oxford, 1984; W.O. Quine e J.S. Ullian, *The Web of Belief*, Random House, 1970; V. Villa, *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 1993 (soprattutto Cap. I) e V. Villa, *Il modello di definizione 'per casi paradigmatici' e la definizione di diritto*, in P. Comanducci e R. Guastini (a cura di), "Analisi e diritto 1992. Ricerche di giurisprudenza analitica", Giappichelli, Torino, 1992.

<sup>27</sup> Sintetizzando l'argomento esposto nella tesi, possiamo ipotizzare che un giudice – Parker – debba risolvere il caso concreto Q, il caso di un famoso presentatore televisivo che ha denunciato un giornale scandalistico per aver divulgato la notizia secondo la quale egli intrattiene una relazione adulterina con un ragazzo di diciott'anni, notizia che ha costretto il presentatore ad abbandonare la trasmissione da lui condotta per un crollo degli ascolti. Ipotizziamo che il giudice debba giustificare razionalmente la sua decisione alla luce del diritto vigente nella comunità X e ipotizziamo che, al momento storico attuale, si tratti di un settore normativo non espressamente disciplinato, in attesa che il parlamento approvi un codice organico della materia. Immaginiamo che il giudice Parker voglia risolvere il caso Q sulla base di un bilanciamento tra due principi del diritto astrattamente applicabili al caso, ad esempio il principio che tutela la libertà di informazione e il principio che tutela la privacy dei cittadini, principi che non soltanto rappresentano la ratio di molte norme appartenenti ad alcuni settori dell'ordinamento, ma sono tutelati, esplicitamente o implicitamente, dalla Costituzione. Ora il risultato di un bilanciamento ad hoc (qui inteso nel secondo senso da me individuato) dovrebbe essere una regola sufficientemente ristretta soltanto ad alcune circostanze – un singolo caso generico – in presenza delle quali i due principi confliggono. Immaginiamo che il giudice Parker risolva il caso Q sulla base della regola seguente: 'Un organo di stampa non può divulgare notizie vere che possano arrecare un danno alla privacy di un cittadino quando la notizia, sebbene vi sia un'esposizione civile dei

### 3.2 L'argomentazione razionale è inutile contro il potere?

In conclusione, non si comprende, ad una prima lettura, se Itzcovich sia a favore o contro l'ideale di un'argomentazione razionale, cioè un'argomentazione, che essendo più coerente e completa, sia anche più trasparente e controllabile.

Da un lato sembrerebbe che Itzcovich sia a favore. Secondo Itzcovich non soltanto il bilanciamento ad hoc è coerente con un'argomentazione razionale ma "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". In tal senso "proprio dal punto di vista del suo ideale regolativo, il bilanciamento, ancorché ad hoc, ... (è) una perla – una perla del realismo giuridico americano. 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... L'argomentazione sembra farsi trasparente agli interessi coinvolti: di conseguenza, il giudice sembra assumere pubblicamente – di fronte a *we the people*, di fronte alla

---

fatti, non ha alcuna utilità sociale, e condizioni congiuntamente sufficienti perché la notizia non abbia alcuna utilità sociale sono che (1) l'individuo in questione voglia mantenere il segreto su di essa, 2) che la notizia abbia ad oggetto un fatto che la legge (o la prevalente giurisprudenza penale o civile) considera lecito e (3) che essa non abbia ad oggetto un personaggio che ricopra una carica politica o istituzionale, poiché in questo caso la divulgazione della notizia potrebbe essere considerata, dalla maggioranza dei cittadini ed elettori determinante ai fini della valutazione del personaggio'. La regola individuata dal giudice Parker risolve il caso, generico, in cui venga diffusa una notizia vera, socialmente inutile e in assenza di un linguaggio denigratorio, non facendo alcun riferimento all'ipotesi in cui la notizia sia divulgata in modo ingiurioso ovvero sia falsa. Allo stesso modo il fatto che il giudice ammetta che una delle condizioni in presenza delle quali la notizia non ha alcuna utilità sociale è che essa abbia ad oggetto un'azione considerata lecita dalla legge o, in caso di dubbio interpretativo, dalla prevalente giurisprudenza penale o civile, non offre alcuna soluzione per l'ipotesi in cui la giurisprudenza sia discordante. E tuttavia, alcuni dei casi, delle circostanze, che il bilanciamento ad hoc vorrebbe lasciare fuori possono rientrare dalla finestra nel corso dell'argomentazione, come analogie o controesempi rilevanti avanzati dagli altri interlocutori. Ciò in quanto rispondere in modo soddisfacente (cioè, come minimo, senza contraddirsi) alle obiezioni e ai controesempi avanzati dagli altri partecipanti al discorso giuridico (cioè la comunità di giudici e giuristi) vuol dire, quando si tratta di risolvere casi controversi, far riferimento ad alcuni casi ritenuti, a torto o a ragione, paradigmatici del conflitto tra due principi. Così, ad esempio, argomentare razionalmente in merito alla risoluzione del caso in cui un organo di stampa diffonda, senza alcuna modalità o espressione ingiuriosa, una notizia vera su una persona del mondo dello spettacolo, notizia sulla quale questa vuole mantenere il segreto, implica ragionevolmente un rinvio al (la risoluzione del) caso in cui un organo di stampa diffonde una notizia falsa contro la volontà della persona medesima. La conclusione, dunque, è che un bilanciamento che voglia disciplinare un singolo caso generico in cui due principi vengono in conflitto – ad esempio l'ipotesi in cui vengano diffuse notizie vere in assenza di utilità sociale e di espressioni diffamatorie – e che voglia essere 'razionalmente giustificato' si trasforma, in molti casi, in un bilanciamento che rinvia o presuppone la soluzione di altri casi di antinomie tra i medesimi principi in conflitto, come l'ipotesi della diffusione di una notizia falsa da parte di un organo di informazione contro la volontà dell'interessato, circostanze o casi che erano apparentemente rimasti fuori dal bilanciamento. Vedi il § 3. del cap. IV della Seconda Parte della tesi di dottorato citata.

comunità degli interpreti, nella sfera pubblica – la responsabilità per la propria discrezionalità, esibendone i fondamenti”<sup>28</sup>.

Continuando su questa linea di ragionamento Itzcovich sembra citare positivamente l’idea del giudice Frankfurter, il quale riteneva che “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”, e ciò in quanto, come lo stesso Itzcovich sottolinea, la trasparenza e la pubblicità<sup>29</sup> della motivazione sono una ‘condicio sine qua non’ della possibilità “sia di un controllo istituzionale, da parte delle giurisdizioni superiori, sia di un controllo sociale o diffuso da parte della comunità degli interpreti”.

In seguito Itzcovich sembra, tuttavia, abdicare in favore di una tesi più scettica. Qui il discorso dell’autore si fa più retorico e meno analitico, al limite del compiacimento per la *frase ad effetto*. “Per essere più chiari – dice Itzcovich – questo ideale di pubblicità è pubblicità, è *réclame*”. Così come “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...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”. La conclusione dell’autore sarebbe che...“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’)”<sup>30</sup>.

Forse è colpa mia, ma il discorso di Itzcovich non mi è chiaro e mi sembra suscettibile di almeno due interpretazioni. Secondo la prima, Itzcovich non crede che la controllabilità *razionale* delle decisioni giudiziali, da parte della comunità di giudici, interpreti e cittadini in generale, sia un *valore* che vale la pena di essere perseguito ovvero crede che la *controllabilità* di tali deliberazioni sia un valore, ma che l’ideale dell’argomentazione razionale non rappresenta un mezzo idoneo al raggiungimento di tale obiettivo. Tale tesi (o insieme di tesi) mi sembra tutto sommato l’interpretazione più coerente con le affermazioni dell’autore, ma non è sufficientemente argomentata da Itzcovich. Non lo è in generale, e non lo è nello specifico, in riferimento agli argomenti elaborati nella mia tesi di dottorato<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> G. Itzcovich, *Bilanciamento ad hoc e bilanciamento definitorio. Bilanciamento “ragionevolmente definitorio”? Ponderazione fra principi e teoria dell’argomentazione giuridica nella ricerca di Giorgio Maniaci*, cit., § 5.

<sup>29</sup> L’autore preferisce questi termini all’aggettivo ‘razionale’. Non so quale nozione di ‘razionalità’ Itzcovich abbia in mente, ma non credo che i teorici costituzionalisti aderirebbero alla tesi secondo cui l’ideale di una motivazione ‘trasparente’ e ‘pubblica’ sia compatibile con argomentazioni giudiziali incoerenti, o fondate su premesse empiriche false, ecc..., cioè su argomenti non sufficientemente razionali.

<sup>30</sup> G. Itzcovich, *Bilanciamento ad hoc e bilanciamento definitorio. Bilanciamento “ragionevolmente definitorio”? Ponderazione fra principi e teoria dell’argomentazione giuridica nella ricerca di Giorgio Maniaci*, cit., § 6.

<sup>31</sup> Per argomentare la tesi secondo cui la controllabilità razionale delle decisioni giudiziali non è un fine che vale la pena di essere perseguito Itzcovich dovrebbe offrire ragioni in favore di una tesi

La seconda possibile interpretazione è che Itzcovich ritenga che l'ideale di un'argomentazione giudiziale razionale – lui preferisce trasparente e pubblica – non sia qualcosa di sbagliato, soltanto qualcosa di completamente inutile. Secondo Itzcovich “i rapporti fra pubblico (*öffentlich*), aperto (*offen*), visibile (*offenbar*) e ragionevole, controllabile razionalmente” sono evidenti, essendo “già stati chiariti dalla storia dei concetti e prima ancora da Foucault”. In altri termini, è vero che la pubblicità e la trasparenza sono idonei a rendere *l'esercizio del potere* più controllabile razionalmente, dunque più legittimo, e che tutto ciò sarebbe auspicabile.

Peccato, tuttavia, che i luoghi del *potere reale* siano altrove. Il potere reale – sembra dire Itzcovich – non alberga nelle decisioni degli organi giurisdizionali, nelle decisioni pubbliche degli organi investiti del potere di decidere autoritativamente le controversie giuridiche. Dunque, non c'è splendore né trasparenza nell'ideale dell'argomentazione razionale dei giudici, perché *non c'è alcuna illuminazione del potere di oggi*. Non sono sicuro di quest'ultima interpretazione delle tesi di Itzcovich. In ogni caso, l'idea che i luoghi del potere reale siano altrove rispetto ai procedimenti pubblici di risoluzione delle dispute giuridiche non è una tesi incompatibile con l'ideale dell'argomentazione razionale. Se e nella misura in cui i giudici esercitano discrezionalità e potere – e il fatto che un potere effettivo sia da loro esercitato mi sembra cosa del tutto ovvia – allora è necessario che tale potere sia esercitato nel modo più trasparente e coerente possibile. Se poi il *potere reale* sia, per lo più, esercitato oltre e al di fuori delle aule dei tribunali, e forse anche delle aule parlamentari, non costituisce una ragione per abbandonarsi allo scetticismo o al pessimismo. Semmai per estendere il più possibile l'ideale dell'argomentazione razionale ai luoghi nevralgici in cui il potere si esercita veramente, e non per disapplicarlo nelle *propaggini* dell'impero.

---

metaetica denominata in letteratura (e nella mia dissertazione di dottorato) ‘relativismo estremo’ o ‘emotivismo estremo’, secondo la quale la razionalità (superata la soglia minima della sensatezza di un ‘discorso’) non può e/o non deve svolgere alcun ruolo nell'argomentazione pratica o morale, e a fortiori in quella giudiziale. In alternativa, Itzcovich avrebbe potuto sostenere che l'ideale dell'argomentazione razionale è un valore in sé, ma che le argomentazioni avanzate dai giudici sono già perfettamente o sufficientemente razionali. Per argomentare, infine, la tesi secondo cui l'ideale dell'argomentazione razionale non è idoneo ad incrementare la controllabilità delle decisioni giudiziali Itzcovich avrebbe potuto (e/o dovuto) sostenere l'argomento secondo il quale i giudici possono sempre effettuare un uso strategico dell'argomentazione che mascheri attraverso argomentazioni (giuridicamente e razionalmente valide) le motivazioni più disparate e che tale uso strategico vanificherebbe del tutto l'ideale dell'argomentazione razionale. Tutti e tre gli argomenti qui succintamente indicati (‘relativismo estremo’, ‘razionalità delle argomentazioni effettivamente avanzate dai giudici’ e ‘uso strategico dell'argomentazione’) non sono esplicitamente (ma neppure implicitamente) discussi da Itzcovich. Tutti e tre gli argomenti non sono da me condivisi e sono espressamente confutati nella tesi di dottorato. Una sintesi di alcune delle ragioni avanzate nella tesi di dottorato contro questi tre argomenti, soprattutto il primo e il terzo, vista l'ovvia insensatezza del secondo, si trovano in G. Maniaci, *Equilibrio riflessivo e discorso razionale nell'argomentazione giudiziale*, pubblicato in questo fascicolo. Per un approfondimento di tali questioni vedi anche G. Maniaci, *The Role of Rationality in Judicial Argumentation*, di prossima pubblicazione in J. Ferrer e M. Narváez (a cura di), “On Knowledge and Adjudication of National and European Law”, Duncker & Humblot, Berlin (paper presentato al Convegno “The Judiciary and the European Construction Process”, tenuto a Girona dal 14/11 al 16/11/2002) e il cap. II della Seconda Parte della tesi di dottorato citata.