

Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione

Bruno Celano

SOMMARIO: 1. *La dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto.* – 2. *Il modello minimalista.* – 3. *Conflitti fra principi costituzionali: il modello del bilanciamento.* – 4. *Concetto e tipi di conflitto.* – 5. *Il modello irenistico.* – 6. *Il modello particolarista.*

1. – *La dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto*

Gli ordinamenti giuridici degli odierni Stati costituzionali di diritto (intendo con questa locuzione la forma tipica che lo Stato di diritto ha assunto in gran parte dei paesi dell'Occidente nel secondo dopoguerra) presentano caratteristiche peculiari attinenti sia al loro contenuto, sia alla loro struttura. Negli Stati costituzionali di diritto alla sommità dell'ordinamento giuridico si trova una costituzione scritta, rigida, garantita e lunga. Costituzioni siffatte incorporano (ovvero, rinviano a) diritti, principi e valori etici¹. È questa una prima importante caratteristica, attinente al contenuto, degli ordinamenti giuridici in questione.

Questa incorporazione (o rinvio) va intesa nel senso seguente: l'identificazione del contenuto (la comprensione) delle disposizioni rilevanti, e la loro applicazione a casi generici, richiedono, talvolta, il ricorso a considerazioni e argomentazioni morali sostanziali. Sono opportune, al riguardo, tre precisazioni. (1) L'incorporazione di (o il rinvio a) principi e valori etici non è una caratteristica esclusiva delle disposizioni costituzionali (negli odierni Stati costituzionali di diritto). Questa caratteristica può essere condivisa da disposizioni di diversa fonte (ad es., disposizioni codicistiche; clausole aperte, standard, cause di giustificazione, ecc.), o da criteri giuridici di altro tipo (ad es., standard argomentativi). Tuttavia, nelle costituzioni del secondo dopoguerra il fenomeno assume proporzioni macroscopiche. (2) Ciò vale, a maggior ragione, degli ordinamenti giuridici caratterizzati da un marcato processo di costituzionalizzazione (sovra-interpretazione della costituzione, interpretazione adeguatrice della legge alla luce della costituzione, applicazione diretta, e *Ausstrahlung*, delle norme costituzionali, ecc.)². Un simile processo di costituzionalizzazione è un tratto tipico della cultura giuridica degli odierni Stati costituzionali di diritto. (3) Può certo darsi il caso che disposizioni costituzionali o di altro tipo incorporino (o facciano rinvio a) valutazioni socialmente condivise; che, cioè, la loro corretta applicazione richieda una registrazione fedele dell'opinione socialmente condivisa riguardo a una particolare questione, e la sua applicazione al caso oggetto di decisione. Questo tipo di disciplina pone alcuni problemi peculiari: come stabilire qual è l'opinione socialmente condivisa su una data questione? (Mediante un'indagine statistica? Quale sarà la percentuale decisiva?) Che cosa

¹ Utilizzo i termini "etico" e "morale" come sinonimi. Entrambi fanno riferimento alla sfera del ragionamento pratico (delle ragioni, giustificative, d'azione), senza restrizioni. Non conosco alcuna delimitazione plausibile (che non abbia carattere stipulativo) della sfera delle ragioni "moralì", rispetto alla sfera delle ragioni d'azione ordinarie, senza restrizioni (la sfera, cioè, dell'etica, complessivamente considerata).

² Sulle condizioni di costituzionalizzazione di un ordinamento giuridico cfr. R. Guastini, *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento italiano*, in "Ragion pratica", n. 11, 1998.

garantisce che vi sia, effettivamente, un'opinione socialmente condivisa? Dato il fatto del pluralismo (di interessi e preferenze, visioni del mondo, concezioni del bene, dottrine religiose, morali, politiche) che caratterizza le società contemporanee, sulla maggior parte delle questioni controverse vi sarà da aspettarsi precisamente il contrario. Non solo: si può plausibilmente argomentare che, entro certi limiti, la ricostruzione di opinioni (etiche e non) socialmente condivise chiami in causa giudizi e valutazioni dell'interprete (militano in favore di questa conclusione gli argomenti basati sull'idea che l'interpretazione sia guidata, in ultima istanza, dal principio di carità)³. Ma, prescindendo da queste difficoltà (qui irrilevanti), non pare sia questa la lettura corretta di molte disposizioni costituzionali. Le disposizioni in questione rinviano direttamente a diritti, principi e valori etici: la loro applicazione richiede, non la registrazione di opinioni etiche socialmente condivise, ma il ricorso diretto a considerazioni e argomentazioni morali sostanziali⁴.

A tutto ciò si aggiunga il fatto che strumenti sovranazionali o internazionali (dichiarazioni, trattati, ecc.) concorrono a costituire il contenuto della disciplina costituzionale in materia di diritti, e contribuiscono in misura crescente all'incorporazione, negli ordinamenti degli Stati costituzionali di diritto, di principi e valori etici.

Lo Stato costituzionale di diritto presenta altresì alcuni tratti distintivi di carattere strutturale (che, beninteso, trovano anch'essi il loro fondamento, almeno in parte, in disposizioni costituzionali). Spiccano, in particolare, le diverse forme di garanzia della costituzione, prima fra tutte il controllo giurisdizionale di legittimità costituzionale delle leggi o altri atti. A questi tratti strutturali sono strettamente connesse particolari elaborazioni dottrinali (ad es., l'ipotesi, controversa, dell'eccesso di potere legislativo) e teoriche (ad es., la distinzione fra validità e vigore di norme giuridiche di rango infracostituzionale).

L'insieme di queste caratteristiche sostanziali e strutturali genera, secondo alcuni, conseguenze indesiderate: un grave deficit di certezza, lo sbilanciamento dei poteri in favore della giurisdizione; al limite, una sorta di "onnipotenza giudiziale". La plausibilità di queste valutazioni complessive non sarà qui oggetto di discussione. Ma non v'è dubbio che dai tratti strutturali degli Stati costituzionali di diritto derivino problemi concettuali e normativi – problemi non nuovi, ma che nello Stato costituzionale di diritto si presentano in una nuova configurazione.

In generale, la specificazione delle condizioni di validità di norme o atti in un ordinamento giuridico genera un'antitesi, l'antitesi fra il carattere finale, e autoritativo, di una decisione, e la sua correttezza (in rapporto alle condizioni – competenza, procedura, contenuto – rilevanti). Altro è il carattere finale di una decisione, altro la sua correttezza; ma può accadere che il diritto non contenga le risorse necessarie (la

³ Cfr. B. Celano, *Giusnaturalismo, positivismo giuridico e pluralismo etico* (2004), di prossima pubblicazione in "Materiali per una storia della cultura giuridica" (vers. provvisoria in <http://dpds.onetxp.com/downloads/downloads.asp>, GIPO_TXT).

⁴ Cfr. B. Celano, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, in S. Pozzolo (a cura di), *La legge e i diritti*, Giappichelli, Torino 2002, pp. 110-5. Ci si può chiedere se ciò implichi che, per comprendere la disciplina costituzionale, è necessario condividere (almeno entro certi limiti) le valutazioni e le prese di posizione etico-sostanziali da essa espresse. Lascio qui impregiudicata questa alternativa (ho saggiato la possibilità di una risposta negativa ivi, pp. 112-6; ho invece seguito la linea di una risposta positiva in Celano, *Giusnaturalismo, positivismo giuridico e pluralismo etico*, cit., par. 4). Possiamo lasciare aperta la possibilità di un ragionamento morale "distaccato", non *committed*, o abbracciare in pieno l'idea che la comprensione esiga (entro certi limiti) un atteggiamento *committed* da parte dell'interprete. In entrambe le ipotesi, saranno comunque necessarie, ai fini della comprensione delle disposizioni costituzionali rilevanti, considerazioni e argomentazioni etiche sostanziali.

specificazione di organi e procedure appropriati) per revocare una decisione errata – che una decisione errata sia finale. Il contenuto di questa decisione sarà, ciononostante, diritto (una norma o un atto giuridicamente valido). Questa antitesi non è risolvibile⁵. Non v'è alcuna soluzione teorica di questo problema. La sua “risoluzione”, nella pratica, consiste nel fatto che è questo il modo in cui, negli ordinamenti giuridici, si procede. Ma nello Stato costituzionale di diritto, in ragione delle sue caratteristiche strutturali, questa antitesi si configura in modo particolare. Si pongono, specificamente, seri problemi di legittimazione: il ruolo della giurisdizione entra in conflitto con il principio democratico (astrattamente inteso).

Questo ordine di considerazioni, e di problemi (teorici e normativi), attiene al carattere nomodinamico degli ordinamenti giuridici – deriva, cioè, dalla circostanza che gli ordinamenti giuridici sono sistemi normativi caratterizzati dall'istituzione e dalla delegazione di poteri normativi (poteri di produzione, eliminazione, e applicazione di norme o atti giuridici)⁶. Ebbene: non mi occuperò, qui, di questo ordine di problemi. Piuttosto, guarderò al contenuto. Gli ordinamenti giuridici degli Stati costituzionali di diritto (visti alla luce delle istanze sovranazionali e internazionali che con essi interagiscono) sono dotati, come si è detto, di un corposo contenuto etico. Come è da intendere questo contenuto? In particolare: qual è la struttura dell'insieme di contenuti – diritti, principi e valori etici – sanciti ed espressi dalle costituzioni degli odierni Stati costituzionali di diritto? L'insieme di questi contenuti – principi, diritti, valori, interessi di vario genere – costituisce ciò che chiamerò la “dimensione etica sostanziale” dello Stato costituzionale di diritto. Il problema sul quale vertono le considerazioni che seguono è: qual è la forma, la struttura, della dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto?

Naturalmente, separare considerazioni e problemi attinenti all'aspetto strutturale (la nomodinamica) dello Stato costituzionale di diritto, da un lato, e considerazioni e problemi relativi alle sue caratteristiche di contenuto (ossia, problemi attinenti alla dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto), d'altro lato, ha un che di artificioso. Verosimilmente, dalla risposta alla domanda sulla struttura della dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto dipenderà la risposta ad alcuni degli interrogativi attinenti ai tratti strutturali (la nomodinamica) degli Stati costituzionali di diritto, e viceversa. Prendere in considerazione soltanto il primo di questi due aspetti, facendo astrazione dal secondo, è una forzatura. Ma, d'altro lato, distinguere, sia pure in via provvisoria, è necessario, e inevitabile. Prescinderò dunque dalla considerazione della nomodinamica degli Stati costituzionali di diritto, e dai problemi teorici e normativi (in particolare, problemi di legittimazione) che essa suscita, e limiterò la mia considerazione ai contenuti etici sostanziali incorporati dalle costituzioni odierne. Qual è la struttura, la forma, di questo insieme di contenuti?

Per rispondere a questa domanda costruirò tre diverse concezioni della dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto: tre diverse ipotesi di ricostruzione dei tratti strutturali, formali, dell'insieme di diritti, principi, valori e interessi che

⁵ B. Celano, *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*, in M. Basciu (a cura di), *Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione tra Stato e società internazionale*, Quaderni della “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, n. 3, Giuffrè, Milano 2002. In generale, il diritto ha una duplice tendenza: da un lato, tende a trasformare ogni problema di giustizia in un problema di giustizia procedurale pura; d'altro lato, tende a trasformare ogni problema di giustizia procedurale pura in un problema di giustizia procedurale imperfetta.

⁶ Cfr. B. Celano, *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*, cit.; Id., *Giusnaturalismo, positivismo giuridico e pluralismo etico*, cit., par. 6.

caratterizzano, quanto al contenuto, gli ordinamenti giuridici degli odierni Stati costituzionali di diritto. Chiamerò queste tre ipotesi di ricostruzione “modello minimalista”, “modello irenistico”, e “modello particolarista” (il modello irenistico e quello particolarista sono varianti del “modello del bilanciamento”). Il modello minimalista è, come vedremo, privo di plausibilità. Suggestirò (nulla più che questo) la superiorità del modello particolarista sul modello irenistico.

I tre modelli si differenziano, e si contrappongono, su un interrogativo (*rectius*, un insieme di interrogativi reciprocamente connessi): se vi siano conflitti fra diritti (fra diritti e valori, fra diritti e principi, ecc.; s'intende, diritti, valori, principi, interessi costituzionalmente sanciti); quale sia – in caso di risposta affermativa al precedente quesito – la struttura di tali conflitti; e quale, infine, la struttura della loro eventuale risoluzione. In altri termini: il criterio di differenziazione fra i tre modelli è la risposta che essi danno alla questione se i diritti (valori, principi, interessi) costituzionalmente sanciti confliggano, in quale (o quali) forme, e come sia possibile risolvere eventuali conflitti. La centralità di questo insieme di interrogativi ai fini di una ricostruzione soddisfacente della dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto è di per sé evidente. Ma l'ambizione delle considerazioni che seguono sarebbe quella di illustrare questa centralità mediante il confronto fra i modelli proposti – e, viceversa, il valore esplicativo di tale confronto dovrebbe a sua volta essere illuminato dalla centralità degli interrogativi cui i tre modelli intendono rispondere. (Il circolo è, spero, virtuoso.)

Nella costruzione e nella disamina dei tre modelli farò più volte riferimento a elaborazioni teoriche filosofico-morali e filosofico-politiche. Utilizzerò, cioè, idee, concetti e argomentazioni tratti dalla sfera dell'indagine metaetica, e dell'indagine etica, ed etico-politica, sostanziale. Queste elaborazioni teoriche costituiscono (o almeno, così spero) utili strumenti di chiarificazione. Si tratta di elaborazioni svincolate da dati giuridico-positivi, che possono però, mi pare, rivelarsi illuminanti ai fini della costruzione di modelli astratti, finalizzati, per l'appunto, alla comprensione di dati giuridico-positivi (in questo caso, la dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto). Ma non si tratta, naturalmente, della stessa cosa. Altro è una teoria normativa sostanziale dei diritti morali, altro un'ipotesi di ricostruzione della struttura della dimensione etica sostanziale degli odierni Stati costituzionali di diritto. La differenza fra questi due ambiti d'indagine sarà ripetutamente sottolineata.

2. – *Il modello minimalista*

Questo primo modello è caratterizzato dall'assunto che i diritti (valori, principi, interessi) costituzionalmente sanciti non confliggano: che, semplicemente, non vi siano conflitti fra principi costituzionali. Questo assunto è ben poco plausibile, e non so chi mai potrebbe voler abbracciare, esplicitamente e senza qualificazioni, questo primo modello. Ma credo sia egualmente utile esplorare le sue possibili articolazioni. Il modello minimalista ha valore, essenzialmente, come termine di contrapposizione critica.

Come rendere plausibile l'idea che non si diano conflitti fra principi costituzionali? Il modello minimalista assume che la disciplina costituzionale dei diritti (che costituisce, in ipotesi, il nocciolo della dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto) sancisca – nonostante l'apparenza – un numero molto limitato di diritti, definiti in modo preciso e univoco, così da essere rilevante, e applicabile, solo in quei casi, precisamente e univocamente predeterminati, in cui tali diritti sono violati. Questo assunto, a sua volta, poggia su ulteriori considerazioni. Anzitutto, la riduzione

dei “veri” diritti ai diritti di libertà (e la conseguente squalificazione dei diritti sociali – e a maggior ragione di diritti di generazioni ulteriori – come “diritti” solo in senso derivato, secondario, degenerato; i diritti politici sono invece facilmente traducibili in modalità di articolazione di poteri di produzione giuridica). I “veri” diritti sono, a loro volta, intesi come vincoli sull’azione altrui – in particolare, degli organi pubblici. Si tratta, essenzialmente, di obblighi di astensione da tipi di condotta previamente definiti e tassativamente enumerati.

In ambito filosofico-politico il paradigma di questo tipo di ricostruzione del dominio dei diritti fondamentali è la teoria di R. Nozick, secondo la quale i diritti sono *side-constraints*. Ad essa si potrebbe accostare la teoria di H. Steiner⁷. Queste proposte hanno, dal punto di vista di un’indagine etico-politica sostanziale, le loro debolezze⁸. Ma ciò che rileva, ai nostri fini attuali, è che teorie del genere non possono certamente costituire un buon modello, ai fini della ricostruzione dell’insieme di elementi (diritti, valori, principi, interessi) che costituiscono la dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto. Proposte di questo tipo hanno, essenzialmente, carattere stipulativo. Ma si tratta di una linea di stipulazione incompatibile con la cultura giuridica degli Stati costituzionali di diritto, e con il contenuto delle costituzioni del secondo dopoguerra. Non soltanto le nostre costituzioni sanciscono tipi diversi di diritti (nonché ulteriori valori, principi, interessi), irriducibili al modello nozickiano. Per di più, questo non è soltanto un dato di fatto contingente: il modello minimalista è, in effetti, irragionevole. Persino un insieme minimale di diritti di prima generazione – purché ragionevole – includerebbe una pluralità di diritti suscettibili di entrare in conflitto fra loro, ed esigerebbe l’inserzione di clausole aperte, e termini etici spessi. In virtù di queste condizioni di ragionevolezza, un insieme siffatto esorbiterebbe dai limiti imposti dal modello minimalista (limiti stipulativi riguardo a quali siano i “veri” diritti; e, correlativamente, l’assunto della non conflittualità dei diritti)⁹. L’immagine minimalista di una lista, breve e tassativa, di (pochi) diritti compostibili, precisamente definiti (e, con essa, un insieme di elementi strutturali ulteriori; ad es., la tesi della perfetta correlatività di diritti e doveri) è, rispetto alla dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto, priva di qualsiasi valore ricostruttivo-esplicativo: non è l’immagine di una *ragionevole* disciplina costituzionale dei diritti. Teorie che negano la possibilità di conflitto fra diritti non sono soltanto inadeguate sotto descrittivo (e, a maggior ragione, prive di potere esplicativo)¹⁰; sono altresì, inscindibilmente, inadeguate sotto il profilo normativo, perché irragionevoli (ossia, sostanzialmente irrazionali)¹¹.

⁷ R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Books, New York 1974; H. Steiner, *An Essay on Rights*, Blackwell, Oxford 1994. Steiner fa della compostibilità di un insieme di diritti (ossia, la possibilità che i diritti che fanno parte di tale insieme siano congiuntamente soddisfatti) una condizione necessaria di ammissibilità etica di tale insieme.

⁸ Così, ad es., non pare si possa escludere l’ipotesi di conflitto fra diritti negativi di tipo nozickiano (Christopher H. Wellman, *On Conflicts Between Rights*, in “Law and Philosophy”, 14, 1995, p. 273).

⁹ Per una chiarificazione e una dimostrazione di questa tesi - l’irragionevolezza, sostanziale, del modello minimalista - rinvio a B. Celano, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, cit.

¹⁰ P. Comanducci, *Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino 2004, pp. 320, 326.

¹¹ O, almeno, questo è quanto ho cercato di mostrare in Celano, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, cit.

3. – *Conflitti fra principi costituzionali: il modello del bilanciamento*

Il modello minimalista è guidato dall'assunto che i diritti costituzionali non confliggano. Nella cultura giuridica contemporanea è pressoché unanimemente condiviso l'assunto opposto. Generalmente si dà per scontato, fra i teorici del diritto, i costituzionalisti, e in generale i giuristi e gli operatori giuridici, che i diritti fondamentali (intendo, con questa espressione, i diritti costituzionalmente sanciti, nonché i diritti sanciti da strumenti internazionali come la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, la CEDU, ecc.) possano confliggere, e sovente confliggano¹². Il modo comune di esprimersi a proposito di casi difficili in materia di applicazione di diritti – è abituale parlare della necessità di operare, o vagliare, un “bilanciamento” fra diritti, o fra diritti e considerazioni di altro tipo – presuppone che conflitti fra diritti siano, per l'appunto, possibili. A dover essere (correttamente, si auspica) “bilanciati” (contemperati, ponderati, ecc.) sono, per l'appunto, diritti confliggenti. (L'idea del bilanciamento si estende al rapporto fra diritti e fattori di altro tipo – valori, principi, interessi, considerazioni generali operanti come clausole limitative, ecc. – anch'essi costituzionalmente sanciti. I diritti possono, in taluni casi, entrare in conflitto con valori, interessi, considerazioni di altro tipo.)

In teoria morale (in sede, cioè, di indagine metaetica ed etica, o etico-politica, sostanziale) la risposta alla domanda se i diritti possono confliggere dipende da quale concezione dei diritti si abbia (da quale teoria dei diritti si adotti)¹³. Può accadere che teorie (concettuali o sostanziali) diverse rispondano diversamente a questo interrogativo, in piena coerenza con i propri assunti¹⁴. La risposta alla domanda dipende da come viene costruito il concetto di diritto (soggettivo); e non è affatto detto (ed è anzi metodologicamente auspicabile il contrario) che si debba avanzare la pretesa di aver individuato il “vero”, autentico, genuino concetto di diritto. Può ben accadere che teorie diverse identifichino come “diritti” tipi diversi di considerazioni morali, e «while there are interesting questions about which type of consideration is more important, there is no interesting question about which really captures the essence of *rights*»¹⁵.

¹² Qualche esempio, tratto da ambiti diversi: R. Alexy, *Theorie der Grundrechte* (1985), Suhrkamp. Frankfurt am Main 1994, pp. 78-9; R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino 2000, p. 485; N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990, pp. 9, 11-3, 39 sgg.; H. L. A. Hart, *Rawls on Liberty and Its Priority*, in Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford 1983; M. Ignatieff, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton University Press, Princeton (N. J.) 2001, pp. 20-2, 84, 94; J. J. Moreso, *Conflitti fra principi costituzionali*, in “Ragion pratica”, n. 18, 2002, e in “Diritto & Questioni pubbliche”, n. 2/2002, www.dirittoequestionipubbliche.org; G. Pino, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, il Mulino, Bologna 2003, cap. III; J. Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1971, p. 203; Id., *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York 1993, p. 295; F. Viola, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino 2000, p. 15; D. Zolo, *Fondamentalismo umanitario*, in M. Ignatieff, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Feltrinelli, Milano 2003, pp. 138-41.

¹³ J. Waldron, *Rights in Conflict* (1989), in Id., *Liberal Rights. Collected Papers 1981 - 1991*, Cambridge University Press, Cambridge 1993, p. 203.

¹⁴ Waldron (ivi, pp. 203-6) illustra questa possibilità adducendo come esempi la teoria dei diritti di Nozick, e la versione contemporanea della *Interest Theory* dei diritti, nella forma elaborata da J. Raz (su cui si veda B. Celano, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2001. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino 2002, http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2001).

¹⁵ Waldron, *Rights in Conflict*, cit., p. 206. Una teoria morale può concedersi il lusso di dichiarare che «if someone wants to insist that the conflicts we are studying are not properly called conflicts of *rights*, that can be conceded» (ivi, p. 205).

Una teoria dei diritti fondamentali e, in generale, una ricostruzione della dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto, non godono di questo privilegio. Quali considerazioni siano “diritti”, di quali tipi, è fissato, in parte, da un testo, e dalla sua interpretazione consolidata (o dall’insieme delle sue interpretazioni consolidate, più o meno contrastanti fra loro). Non possiamo decidere sulla base di sole considerazioni teoriche (di coerenza e omogeneità, ecc.). È vero che, anche in sede di teoria del diritto, la risposta alla domanda se i diritti fondamentali possano o no confliggere dipenderà da quale teoria (in generale, da quale teoria *del diritto*, in senso oggettivo) si faccia propria¹⁶. Ma una teoria plausibile dovrà tenere conto della varietà dei tipi di considerazioni che la costituzione e le sue interpretazioni consolidate qualificano come “diritti”. O, in altri termini, teorie diverse dei diritti sono esse stesse iscritte nella costituzione, e nelle sue interpretazioni consolidate. Con l’ingresso, nella costituzione, di un certo tipo di “diritti” entra a far parte, della disciplina costituzionale dei diritti, una certa concezione (una particolare teoria) dei diritti. Insomma: il contenuto della disciplina costituzionale dei diritti è esso stesso costituito da concezioni diverse, non necessariamente compatibili fra loro, di che cosa sia un “diritto” (soggettivo): quale struttura abbia, quali ne siano i correlati e le implicazioni, ecc. Una teoria adeguata della dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto deve tenere conto di questa circostanza – del fatto che il suo oggetto medesimo è costituito, in parte, da teorie diverse, e talvolta confliggenti, dei diritti.

La disciplina costituzionale dei diritti (negli odierni Stati costituzionali di diritto) è costituita da un insieme di testi, e dalla loro interpretazione consolidata (cioè: dal ventaglio delle interpretazioni consolidate, spesso in contrasto fra loro). È il risultato di un processo storico-culturale, frutto di compromessi e aggiustamenti. In essa confluiscono concezioni diverse dei diritti: le costituzioni contemporanee, e le interpretazioni consolidate, identificano come “diritti” tipi molto diversi di considerazioni. Sarebbe davvero sorprendente se una simile formazione storica, nella quale confluiscono tendenze diverse (e confliggenti), articolata in una pluralità di interpretazioni diverse (e confliggenti), risultasse in una perfetta compatibilità, sotto qualsiasi condizione ipotizzabile, delle considerazioni qualificate come diritti – avesse esito, cioè, in un sistema di diritti pienamente componibili (ovvero, esente da conflitti). E ciò vale, a maggior ragione, relativamente alla possibilità di conflitto fra diritti ed elementi di altro tipo (valori, interessi), anch’essi costituzionalmente sanciti.

Non solo. Anche le teorie etiche e metaetiche sono per lo più costruite in modo da lasciare aperta la possibilità di conflitti fra diritti¹⁷. Ciò vale, ad es., per la proposta di una «moralità basata su diritti» avanzata da J. L. Mackie¹⁸, o per la *Interest Theory*, nella versione datane da J. Raz¹⁹. Un modo tipico di trattare simili conflitti consiste nel ricorso alla distinzione fra diritti *prima facie* e *all things considered* (o *actual*, o ancora *final*)²⁰. A sostegno del ricorso a questa distinzione, o a distinzioni analoghe (come vedremo fra breve, la qualificazione “*prima facie*” può essere fuorviante), militano considerazioni assai plausibili. Considerazioni che, come vedremo fra breve (*infra*, parr. 5, 6), valgono, a maggior ragione, nel caso della disciplina costituzionale dei diritti.

¹⁶ Comanducci, op. cit., p. 320.

¹⁷ Sull’includibilità del fenomeno del conflitto fra diritti morali cfr. Wellman, op. cit., pp. 271-3.

¹⁸ J. L. Mackie, *Can There Be a Right-Based Moral Theory?* (1978), in J. Waldron (ed.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford 1984, pp. 177, 180-1.

¹⁹ Cfr. su questo punto Waldron, *Rights in Conflict*, cit., p. 203.

²⁰ Così ad es. Mackie, *ibidem*.

Tutto ciò rende assai verosimile l'ipotesi che diritti fondamentali possano confliggere: che la dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto sia costituita da un insieme di elementi potenzialmente (se non apertamente) confliggenti. Ma, ovviamente, il problema è: in che senso, precisamente, sono possibili "conflitti" fra diritti, o principi, costituzionali? Che cosa si deve intendere, qui, per "conflitto"? Qual è, o quali sono, i tipi principali di conflitto? E, correlativamente: qual è, quale può essere, la struttura della "risoluzione" di un conflitto fra principi, o diritti, costituzionali?

Abbiamo qui l'embrione di una seconda ipotesi di ricostruzione della struttura della dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto, alternativa rispetto al modello minimalista. I conflitti sono possibili, e frequenti; di fronte a un conflitto fra diritti, principi, ecc., è necessario "bilanciare" (soppesare, ponderare) gli elementi in conflitto, al fine di stabilire quale di essi abbia, relativamente al (tipo di) caso in esame, maggiore "peso". (Ovvero, occorre sottoporre a scrutinio, o revisione, un bilanciamento siffatto, operato da un diverso organo – ad es., il legislatore – al fine di stabilire se sia stato operato correttamente.) La risoluzione di un conflitto è l'esito di questo processo di bilanciamento (o della sua revisione). Chiamerò questa ipotesi di ricostruzione "modello del bilanciamento".

4. – *Concetto e tipi di conflitto*

Quando due diritti confliggono? In generale, a quali condizioni si può affermare che si dà un conflitto fra elementi (diritti, principi, valori, interessi) costitutivi del contenuto etico sostanziale dello Stato costituzionale di diritto?

Non cercherò qui di rispondere a questa domanda – farlo richiederebbe un'analisi dettagliata. Mi limiterò ad alcune osservazioni, utili ai fini della costruzione delle due versioni del modello del bilanciamento sulle quali mi soffermerò fra breve.

In astratto, la definizione di una nozione soddisfacente di conflitto fra diritti fondamentali è compito di un'analisi formale della nozione di diritto soggettivo. Tuttavia, anche in questo caso una teoria del contenuto etico sostanziale dello Stato costituzionale di diritto deve tenere conto del fatto che nella disciplina costituzionale dei diritti confluiscono, ed entrano in collisione, concezioni diverse di che cosa sia un diritto (soggettivo). Così, a ipotesi formali di definizione (riconducibili ad una particolare concezione della nozione di diritto soggettivo) si affiancano tipologie, o inventari, in cui le forme di conflitto si moltiplicano, secondo dimensioni non direttamente implicate in una teoria formale della nozione di diritto soggettivo.

Sul piano formale, si può affermare, ad es., che «when we say rights conflict, what we really mean is that the duties they imply are not compossible»²¹. O, per fare un altro esempio, due norme attributive di diritti fondamentali possono ritenersi incompatibili «quando i due diritti non possono essere soddisfatti contemporaneamente (in astratto o in concreto)»²². Ma queste formulazioni astratte saranno diversamente declinate a seconda di come si intenda ciascuno degli elementi che in esse figurano: a seconda di come si intenda, ad es., l'idea che un diritto «implica» un dovere (una teoria hohfeldiana dei diritti, e la versione contemporanea della

²¹ Waldron, *Rights in Conflict*, cit., p. 206. Più doveri sono compossibili «if it is possible for all of them to be performed» (ivi, p. 445; Waldron rinvia qui a H. Steiner, *The Structure of a Set of Compossible Rights*, in "Journal of Philosophy", 74, 1977).

²² Comanducci, op. cit., p. 318.

Interest Theory, ad es., risponderanno in modo molto diverso a questa domanda)²³; o a seconda di come si intenda il “soddisfacimento” di un diritto, o ancora che genere di “possibilità” (logica, fisica, disponibilità di risorse sufficienti, ecc.) sia in questione. La specificazione di ciascuna di queste variabili genererà definizioni diverse della nozione di conflitto (fra diritti fondamentali, o, ampliando ulteriormente il quadro, fra diritti, principi, valori, ecc.). Ai fini di una ricostruzione della struttura della dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto, la strategia migliore consiste, credo, nell’adottare una nozione sufficientemente ecumenica di conflitto – evitando, in questo modo, di vincolarsi in modo esclusivo a una particolare concezione dei diritti soggettivi – e al suo interno distinguere analiticamente forme diverse di conflitto (cosa che, come ho avvertito, non farò qui).

In teoria etica si distingue fra «*intra-right conflicts*» («conflicts between different instances of the same right») e «*inter-right conflicts*» («conflicts between particular instances of different rights») ²⁴. Può accadere, infatti, che lo stesso diritto generi un conflitto fra due sue istanze (ad es., A e B hanno entrambi diritto a essere salvati, ma non è possibile salvarli entrambi)²⁵. Può accadere, inoltre, che si diano conflitti fra diritti e *welfare*²⁶. Tipologie analoghe, ma ulteriormente complicate dall’inclusione di altri fattori (valori, e interessi, di vario genere) possono essere costruite relativamente alla disciplina costituzionale dei diritti. Si può, ad es., distinguere fra «tre ipotesi generali di conflitto fra interessi (o diritti)»: (1) «concorrenza fra soggetti diversi nel godimento dello stesso diritto»; (2) «concorrenza tra interessi individuali non omogenei»; (3) «concorrenza tra interessi individuali e interessi collettivi»²⁷.

I conflitti, dunque, sono possibili, e frequenti. Le forme che il conflitto può assumere sono molteplici, verosimilmente non riconducibili a quanto previsto da una singola teoria formale dei diritti. In caso di conflitto occorre “bilanciare” gli elementi (diritti, valori, interessi, principi) rilevanti, così da stabilire quale di essi abbia, relativamente al tipo di caso in esame, maggiore “peso”. Questo è il nocciolo del modello del bilanciamento. Ma la semplicità del modello del bilanciamento è ingannevole. Di esso possono distinguersi almeno due versioni, che si contrappongono l’una all’altra relativamente alla struttura attribuita al conflitto, e alla sua risoluzione.

5. – *Il modello irenistico*

Il modello irenistico riconosce la molteplicità, e varietà, dei diritti, principi, valori, interessi che concorrono a costituire la dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto. Ma è caratterizzato da un duplice assunto: ritiene che questo insieme di elementi abbia, nonostante l’apparenza, i caratteri della coerenza e della completezza. (Questo secondo assunto, relativo alla completezza, è indipendente dal primo – la coerenza dell’insieme. Potremmo, volendo, distinguere due versioni, l’una più debole – comprendente solo l’assunto della coerenza – e l’altra più forte, o estrema, comprensiva di entrambi gli assunti, del modello irenistico.) Diritti, principi, valori, interessi costituzionalmente sanciti possono sì confliggere; ma il conflitto è solo apparente, o provvisorio: è un fenomeno di superficie – ovvero, appartiene a un

²³ Cfr. su questo punto Celano, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea*, cit.

²⁴ Waldron, *Rights in Conflict*, cit. p. 217.

²⁵ Ivi, pp. 206-7; cfr. anche ivi, p. 222.

²⁶ Ivi, pp. 207-8.

²⁷ Bin, Pitruzzella, op. cit., pp. 485-7.

particolare stadio, una particolare fase, dell'interpretazione o dell'applicazione dei diritti fondamentali, una fase che si può, e si deve, superare. Il fenomeno del conflitto è innegabile; ma, si tratta, per l'appunto, solo di un fenomeno, determinato dalla circostanza che le disposizioni costituzionali rilevanti si avvalgono di formulazioni astratte, generiche, vaghe. Se procediamo, nel modo giusto, al di là della superficie – le formulazioni astratte, generiche, vaghe contenute nelle disposizioni costituzionali – e se intendiamo nel modo giusto ciascuno dei diritti (valori, principi, interessi) in gioco, il conflitto sparirà. Insomma: è sufficiente *capire*, a fondo, che cosa esigono i diritti (valori, ecc.) fondamentali, andando al di là di formulazioni astratte, generiche o vaghe (quali quelle che ricorrono nel testo costituzionale), e questa molteplicità di elementi, apparentemente caotica e conflittuale, comporrà un tutto armonico e coerente. E, allo stesso modo (se adottiamo la versione più forte del modello irenistico), sarà possibile fornire una soluzione normativa determinata a tutti i casi, a prima vista privi di soluzione, che può accadere siano sottoposti alla decisione. I diritti (valori, interessi, ecc.) confliggono, ma solo *prima facie*, a prima vista (a un primo sguardo): affinché questa apparenza venga meno basta *capire* a fondo la disciplina costituzionale dei diritti; in questo modo, emergeranno i contorni di un universo coerente (e, nella versione più forte del modello, completo).

Non molti vorranno sostenere, in forma esplicita e senza qualificazioni, queste tesi²⁸. Ma l'ideale irenistico traspare, inespresso, da concezioni diffuse delle virtù del bilanciamento; ed è sotteso, mi pare, ad alcune strategie concettuali di uso corrente.

Il fautore del modello irenistico riconosce, come si è appena detto, la pluralità degli elementi costitutivi della dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto, e la possibilità che essi entrino in conflitto gli uni con gli altri (o che non diano, in certi casi, alcuna risposta); riconosce, dunque, l'ineluttabilità del bilanciamento²⁹. Diritti, principi, valori, interessi costituzionalmente sanciti, nella formulazione astratta e generica nella quale ricorrono nelle disposizioni costituzionali, sono considerazioni o ragioni *prima facie*, *pro tanto* o *ceteris paribus*, che, nella decisione di casi concreti, vanno soppesati. Ma – ecco l'assunto irenistico – il bilanciamento ha, in linea di principio, un risultato già determinato dal contenuto (rettamente inteso, adeguatamente compreso) degli elementi in conflitto, e stabile. Questa idea, a sua volta, si presenta in due versioni. Secondo la prima, il bilanciamento è una tecnica determinata, una procedura argomentativa definita, i cui tratti formali, strutturali, vincolano univocamente e stabilmente l'esito. Secondo una diversa prospettiva, il bilanciamento è il punto nel quale viene in gioco la capacità, da parte del decisore, di “vedere” (intuire) la soluzione del caso concreto. Il decisore è saggio (così si spera), e qui la sua saggezza dà, finalmente, prova di sé.

Il modello irenistico può essere complicato a piacimento (la teoria dworkiniana del diritto come integrità ne è la riprova). Ma ciò che lo contraddistingue è l'idea (l'ideale, l'auspicio) che, alla fine, nascosta, da scoprire, vi sia un'armonia di fondo fra i diversi diritti, principi, valori e interessi costitutivi della dimensione sostanziale dello Stato

²⁸ In sede di teoria etico-politica sostanziale, un caso paradigmatico di posizione irenistica, nel senso qui indicato, è l'idea della sostanziale unità dei valori politici adombrata in R. Dworkin, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 2000, pp. 4-5 («... a plausible theory of all the central political values - of democracy, liberty, and civil society as well as of equality - that shows each of these growing out of and reflected in all the others»).

²⁹ Prescindo, nelle considerazioni che seguono, dall'assunto di completezza. Un'argomentazione analoga potrebbe essere svolta relativamente alla versione più forte del modello irenistico, comprensiva di questo assunto (oltre che dell'assunto di coerenza).

costituzionale di diritto. Alla fine, i conti torneranno: è sufficiente *capire* che cosa, in fondo, i diversi diritti, principi, valori, interessi rilevanti richiedono, o esigono, e la loro armonia nascosta si renderà manifesta.

Alcune strategie concettuali ampiamente diffuse sono, mi pare, interpretabili in chiave irenistica. (1) Anzitutto, il ricorso alla distinzione fra la (innocua, innocente) *limitazione* o *regolamentazione* (in ipotesi, necessaria, o giustificata) di un diritto, o del suo esercizio, da un lato, e la sua (deprecabile) *violazione* (in ipotesi indebita, o ingiustificata), d'altro lato. Per quanto promettente, il ricorso a questa distinzione non consente affatto, di per sé, di esorcizzare la possibilità di conflitto fra diritti fondamentali. Certamente, altro è la violazione di un diritto, altro la sua limitazione, o la regolamentazione del suo esercizio. Ma il problema è, precisamente, dove finisca la mera (per definizione necessaria, o giustificata) limitazione di un diritto, e dove abbia invece inizio la sua violazione. Di per sé, qualificare una proibizione come semplice limitazione, anziché come violazione, di un diritto, è una mossa verbale, che non ha altro valore se non retorico³⁰. Non v'è dubbio che vi siano casi relativamente chiari³¹. Ma casi del genere non sono la regola, e non possono considerarsi rappresentativi. In casi problematici, la questione è, precisamente, se una certa compressione (dell'esercizio) di un diritto costituisca, per l'appunto, una semplice (e, per qualche ragione, necessaria, o giustificata) regolamentazione di esso, o piuttosto una sua (in ipotesi ingiustificata) violazione. La distinzione fra le due nozioni non fornisce alcuna risposta a questa domanda.

Non si tratta soltanto del fatto che vi sono casi di confine. Una distinzione concettuale ammette, di solito, la possibilità di casi di confine, e ciò non è di per sé sufficiente a screditarla. Piuttosto, ciò che rende poco interessante (ai nostri fini) la distinzione in esame è, in primo luogo, la frequenza, e l'importanza, dei (presunti) casi di confine. E, soprattutto, la qualificazione di una proibizione come semplice limitazione, o come violazione, di un diritto, non *spiega* perché mai essa sarebbe giustificata, o ingiustificata. Se ci chiediamo se una certa proibizione sia, relativamente a un diritto, giustificabile, "È una limitazione, non una violazione" non dà alcuna risposta a questa domanda: presuppone, piuttosto, una risposta, basata su ragioni ulteriori.

(2) La dottrina costituzionalistica e la giurisprudenza dei tribunali costituzionali hanno elaborato la dottrina del cosiddetto «contenuto essenziale» dei diritti fondamentali: la compressione di un diritto fondamentale può essere (se vi sono ragioni sufficienti) giustificata, purché e fintantoché non intacchi il suo contenuto essenziale. Ma dove finisce l'ambito delle (giustificabili) limitazioni di un diritto fondamentale (in nome, ad es., della salvaguardia o della promozione di un altro diritto fondamentale), e dove ha inizio il suo contenuto essenziale? Che cosa stabilisce fin dove arriva il contenuto essenziale di un diritto, se non un'estrapolazione e generalizzazione dall'insieme dei casi in cui, in ipotesi di conflitto, la sua violazione ci appare ammissibile (o inammissibile)? Presupporre, senza alcuna giustificazione, che i diversi «contenuti essenziali» di diritti fondamentali diversi non possano confliggere (rendere questa condizione soddisfatta per definizione) sarebbe una petizione di principio.

³⁰ Perché non dire che le "vacanze obbligate" che il fascismo imponeva ai suoi avversari politici costituivano, non una violazione della libertà di circolazione e di soggiorno, ma una loro (innocua, e del resto benefica) limitazione?

³¹ L'esempio addotto da J. Rawls, *A Theory of Justice*, cit., p. 203, relativo alla (necessaria) disciplina della libertà di espressione (pena il caos comunicativo, e il venir meno della possibilità stessa di esprimere alcunché) è uno di questi. Cfr. Hart, *Rawls on Liberty and Its Priority*, cit., p. 233.

(3) L'idea che il bilanciamento di principi confliggenti generi una regola (in senso stretto) è un'ulteriore strategia di questo tipo. L'idea è semplice: i principi, per definizione, non hanno condizioni di applicazione determinate; le regole sì (se si applica l'antecedente, si applica il conseguente; le regole, insomma, sono condizionali quantificati universalmente, indefettibili). I principi, è vero, collidono; ma il conflitto può, e deve, essere risolto, mediante la fissazione di una regola (istitutiva, relativamente al tipo di caso oggetto di decisione, di un ordine di priorità fra i principi in conflitto).

La debolezza di questa strategia – se intesa come uno strumento di articolazione e difesa del modello irenistico – diviene manifesta non appena ci si chiede se la regola generata (in ipotesi) dal bilanciamento di principi confliggenti sia (da intendere come) una vera e propria regola (un condizionale non defettibile quantificato universalmente), o se resti comunque aperta la possibilità della sua revisione (ossia, la possibilità che il suo antecedente sia rimesso in discussione; in breve, la revoca del suo status di regola, e la sua retrocessione, o promozione, al girone dei principi). I difensori del modello irenistico opteranno per la prima ipotesi (è questa, evidentemente, l'opzione che risponde all'ispirazione di fondo di questa strategia argomentativa) – ma si tratta, come vedremo fra breve, di una risposta poco convincente. Optare per la seconda ipotesi equivarrebbe invece a riconoscere che la presunta regola resta anch'essa, indefinitamente, una ragione *pro tanto*.

Il punto di questa obiezione (e di quelle che seguono) non è, si badi bene, che il bilanciamento vale soltanto, come si suole dire, per il “caso concreto” inteso come un caso individuale (e non, dunque, per un caso generico). Una teoria del bilanciamento non può, pena l'irrazionalità, abbandonare il requisito della sopravvenienza delle proprietà normative e assiologiche. (Se giudico diversamente fra il caso *C1* e il caso *C2*, deve esserci una proprietà, appartenente a *C1* e non a *C2*, o viceversa, che spiega, e giustifica, questo diverso trattamento.) I casi sottoposti a decisione sono sempre, in questo senso, casi generici (a meno che la decisione non sia priva di ragioni). Il punto è, piuttosto, se si possa ragionevolmente ritenere che la regola, che costituisce il risultato del bilanciamento, non contenga anch'essa (esplicitamente o implicitamente) clausole aperte, ovvero non sia anch'essa rivedibile (aperta alla possibilità di revisioni), a fronte di nuovi (tipi di) casi. Una risposta negativa a questa domanda caratterizza, come vedremo fra breve, il modello particolaristico.

(4) Le stesse considerazioni valgono relativamente alle prospettive di successo di una strategia specificazionista (sostanzialmente equipollente alla precedente)³². Stando a questa linea di argomentazione, i diritti confliggono nella loro formulazione generica, astratta; ma sono suscettibili di specificazione (fissazione delle condizioni di applicazione), così da dissipare, in ultima istanza, l'apparenza di conflitto. La specificazione può avere carattere morale o fattuale. Nella prima ipotesi (inclusione, nell'esito del bilanciamento, di clausole contenenti termini morali o genericamente valutativi: “Le promesse vanno mantenute, a meno che non sia ingiusto farlo”) la possibilità di conflitto resta aperta. La seconda ipotesi è poco convincente (per le stesse ragioni per le quali risultano poco plausibili la strategia considerata al punto precedente, e quella che sarà presa in esame al punto seguente).

(5) Ricade entro il medesimo ambito l'idea che il conflitto fra principi costituzionali sia da interpretare come un conflitto fra norme defettibili, e che il bilanciamento dei

³² Sui limiti della strategia specificazionista cfr. J. J. Thomson, *Self-Defense and Rights* (1976), pp. 40-2, e Id., *Some Ruminations about Rights* (1977), p. 53 (entrambi in Thomson, *Rights, Restitution and Risk. Essays in Moral Theory*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1986). Ma, per una discussione critica degli argomenti di Thomson, cfr. Wellman, op. cit., pp. 281-5, 291-2.

principi confliggenti sia da costruire come la revisione dell'antecedente di condizionali siffatti³³. Si può ragionevolmente ritenere che il bilanciamento dei principi in conflitto generi revisioni stabili? Una risposta affermativa richiederebbe l'assunzione della possibilità, e dell'accessibilità, di una tesi di rilevanza ultima (una specificazione preliminare, esaustiva, dell'universo dei casi possibili, o delle proprietà normativamente rilevanti)³⁴. Anche a questo interrogativo il modello particolarista risponde negativamente. Certamente, questa implicazione, controintuitiva, può essere bloccata delimitando arbitrariamente l'universo di discorso cui si fa riferimento (il dominio dei casi oggetto di considerazione, e delle proprietà rilevanti ai fini della loro risoluzione), nonché l'insieme dei principi costituzionali presi in esame³⁵. Una simile restrizione arbitraria è formalmente ineccepibile, ma equivale all'adozione del modello particolaristico.

Alla radice delle difficoltà dalle quali è affetto il modello irenistico si trova, mi pare, un problema irrisolto. Il termine "bilanciamento" non designa, in effetti, un metodo definito di risoluzione di conflitti o dilemmi pratici. Designa, piuttosto, un vuoto: uno spazio che dovrebbe essere occupato da un concetto, e nel quale troneggia, invece, una metafora (la metafora del "peso" delle ragioni confliggenti, e della loro "ponderazione"). Che cosa, e in che modo, svolga la funzione che, figurativamente, è svolta da una bilancia, e in che cosa consista, fuor di metafora, il (maggiore o minore) "peso" di una ragione, resta indeterminato. Insomma: "bilanciamento" non è la formula magica la cui pronuncia consente di dissipare all'istante (in realtà occultandola) una difficoltà teorica (come si fa a stabilire quali, fra una pluralità di ragioni in conflitto, o incommensurabili, "vincono", e quali invece sono "sconfitte"?). È, piuttosto, il nome di questa difficoltà: un'incognita. All'immagine del bilanciamento non corrisponde alcun concetto. I giuristi, è vero, hanno elaborato tecniche, metodi, procedure di bilanciamento. Ma ci si può legittimamente chiedere, mi pare, se anche il concetto tecnico-giuridico di bilanciamento sia un non-concetto, o comunque conservi un nucleo meramente metaforico.

Neppure il modello particolarista, sia chiaro, è esente da questa difficoltà di fondo. Ma, come adesso vedremo, è in grado, almeno, di evitare alcune delle implicazioni controintuitive del modello irenistico. Può ben darsi che della metafora del "peso" relativo di ragioni in conflitto non ci si possa liberare. Ciò equivarrebbe al riconoscimento di un'ineliminabile componente intuitiva nel ragionamento pratico. Ma il modello irenistico, come abbiamo visto, è molto ambizioso; le pretese che esso avanza (che il bilanciamento abbia esito in una regola, che i diritti fondamentali abbiano contenuti essenziali non confliggenti, ecc.) gli impediscono di rendere giustizia a questa componente. Il modello particolarista ha pretese ben più modeste. Per questa ragione appare, anche sotto il profilo epistemologico, più promettente del modello irenistico.

³³ J. J. Moreso, *Conflitti fra principi costituzionali*, cit.

³⁴ B. Celano, "Defeasibility" e bilanciamento. *Sulla possibilità di revisioni stabili*, in "Ragion pratica", n. 18, 2002, e in "Diritto e questioni pubbliche", n. 2/2002 (<http://www.dirittoeququestionipubbliche.org>).

³⁵ J. J. Moreso, A proposito di revisioni stabili, casi paradigmatici e ideali regolativi: replica a Celano, in "Ragion pratica", n. 18, 2002, p. 243; Id., *Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales*, inedito, 2004.

6. – Il modello particolarista

La seconda versione del modello del bilanciamento è caratterizzata dall'abbandono dell'assunto irenistico. Diritti, principi, valori e interessi costitutivi della dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto confliggono *davvero*, sono *davvero* antinomici (indeterminati, incommensurabili, eterogenei)³⁶.

Una concezione particolarista del bilanciamento illustra, per l'appunto, questa idea di fondo³⁷. Le costituzioni degli odierni Stati costituzionali di diritto incorporano (ovvero, rinviano a) diritti, principi e valori etici; l'identificazione del contenuto (ossia, la comprensione) delle disposizioni rilevanti – in breve, la determinazione del contenuto etico sostanziale della costituzione – richiede, talvolta, il ricorso a considerazioni e argomentazioni morali sostanziali. Ebbene: stando al modello particolarista, quando ciò si verifica l'esito del bilanciamento di principi (diritti, ecc.) confliggenti è sempre esposto alla possibilità di revisione: non è ipotizzabile, né, *a fortiori*, accessibile, una specificazione conclusiva (finale, definitiva) delle proprietà che possono essere rilevanti ai fini della decisione di casi (l'universo dei casi possibili non è previamente determinabile: non c'è una tesi di rilevanza ultima). Da ciò l'impossibilità di revisioni stabili (se non sotto la condizione di una restrizione arbitraria dell'universo di discorso, e dell'insieme dei principi presi in considerazione); ovvero, l'impossibilità di una specificazione (fattuale) ultima o, ancora, di una determinazione conclusiva del «contenuto essenziale» dei diritti fondamentali. Da ciò, infine, la conclusione che l'esito del bilanciamento non può ragionevolmente essere una regola, in senso stretto (un condizionale universalmente quantificato, indefettibile).

Quando operiamo un bilanciamento, l'esito della ponderazione è compatibile con una pluralità indefinita di regole. Quale regola stiamo seguendo, adesso? E si tratta della stessa regola che abbiamo applicato nel caso passato? Fintanoché resta aperta la possibilità di ulteriori revisioni o raffinamenti, queste sono domande mal poste. Non c'è, ad esse, alcuna risposta determinata³⁸. (Le due domande avrebbero senso solo se assumessimo la possibilità di una tesi di rilevanza ultima, ossia, di una revisione stabile.) Lo standard la cui formulazione costituisce il risultato del bilanciamento contiene, ineludibilmente, clausole aperte, contenenti (in forma esplicita o meno) termini e concetti etici³⁹.

³⁶ Per questa ragione, la caratterizzazione dei diritti confliggenti come diritti “*prima facie*” è fuorviante. L'espressione “*prima facie*” suggerisce che il conflitto sia solo apparente - che, in verità, quando due diritti confliggono uno di essi non sussista (il diritto c'è solo “a prima vista”, “ad un primo sguardo”; se si guarda meglio, scompare). Questo è, precisamente, l'assunto proprio del modello irenistico.

³⁷ Per una formulazione articolata, e una difesa argomentata, delle tesi che seguono rinvio a B. Celano, *Particolarismo, caratterizzazioni di desiderabilità, pluralismo etico. Considerazioni sulla forma del ragionamento pratico*, paper presentato all'Università Pompeu Fabra, Barcellona (Spagna), 2 aprile 2004 (vers. provvisoria in <http://dpds.onetxp.com/downloads/downloads.asp>, PART_TXT).

³⁸ Cfr. per una linea di argomentazione affine S. Blackburn, *Ruling Passions. A Theory of Practical Reasoning*, Clarendon Press, Oxford 1998, p. 309. Cfr. anche ivi, p. 226, n. 22 (“Non mentire mai, a meno che...” è un principio universale, «provided the dots can eventually be filled in»; «the particularist will deny that the dots can be filled in, and hence deny that universal principles are even implicitly involved in practical reasoning»). Il ricorso a questa linea di argomentazione risale a J. McDowell, *Virtue and Reason* (1979), in McDowell, *Mind, Value, and Reality*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1998. Cfr. anche R. Crisp, *Particularizing Particularism*, in B. Hooker, M. Little (eds.), *Moral Particularism*, Clarendon Press, Oxford 2000, pp. 25-6.

³⁹ Cfr. D. McNaughton, P. Rawling, *Unprincipled Ethics*, in Hooker, Little (eds.), *Moral Particularism*, cit.; J. J. Moreso, *El positivismo jurídico y la aplicación del derecho* (2004), di prossima pubblicazione in “Materiali per una storia della cultura giuridica”.

Questa concezione del bilanciamento, e in generale della dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto, è solidale con una forma radicale di pluralismo etico (riconducibile alle idee di I. Berlin, e prima ancora di M. Weber e F. Nietzsche)⁴⁰: i valori, le ragioni d'azione (e, dunque, i diritti, i principi, ecc.) sono molteplici, confliggenti, incommensurabili, indeterminati. Il mondo dei valori, delle ragioni d'azione, e degli ideali sociali e politici è un pantheon politeista: l'universo etico è un universo irriducibilmente plurale, popolato da una molteplicità di valori, e ideali, che inevitabilmente entrano in conflitto gli uni con gli altri. Nulla garantisce che questi valori indichino, concordemente, un'unica direzione alle nostre scelte e alle nostre azioni: che essi, di volta in volta, vengano a comporre un tutto coerente, armonizzandosi gli uni con gli altri. Al contrario: gran parte delle scelte umane – alcune fra le scelte più significative – sono scelte tragiche, in situazioni nelle quali non si può far altro che sacrificare, in tutto o in parte, alcuni valori, in vista della promozione di altri (assumendosi, per di più, la responsabilità di tali scelte, e rassegnandosi all'ineluttabilità del rimpianto).

Ciò non vuol dire, si badi bene, che non vi siano soluzioni corrette, o non vi siano soluzioni migliori di altre. Questa concezione, particolarista, del bilanciamento è compatibile, in primo luogo, con l'assunto che vi siano casi paradigmatici (sebbene anch'essi possano, talvolta, essere sovvertiti). E, in secondo luogo, è compatibile con la possibilità e la sensatezza dell'indagine etica sostanziale – specificamente, con una concezione olistica e coerentista dell'argomentazione etica sostanziale. Una concezione particolarista del bilanciamento, insomma, non esclude la possibilità, e la legittimità, di generalizzazioni: proiezioni, o estrapolazioni, da casi passati (o attuali) a casi futuri (o possibili). Ma nulla garantisce che le nostre generalizzazioni colgano nel segno – che non si rivelino, inaspettatamente, bisognose di revisione.

⁴⁰ Si veda ad es. I. Berlin, *La ricerca dell'ideale*, in Berlin, *Il legno storto dell'umanità. Capitoli della storia delle idee*, Adelphi, Milano 1994.