

Il *balancing* preso sul serio. Brevi riflessioni su razionalità conflitti valori

di *Alessandro Serpe*

La maggioranza delle costituzioni europee (Islanda, Norvegia, Svezia, Finlandia, Danimarca, Olanda, Belgio, Lussemburgo, Austria, Svizzera, Grecia, Italia) pur prevedendo cataloghi più o meno ampi di diritti fondamentali, non provvedono a una classificazione dei *Grundrechte*. La Costituzione Italiana, accogliendo il pluralismo sociale di valori, di interessi e di bisogni, riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo (art. 2; art. 111), quali *inherent rights*; essi sono assunti nel concetto unitario della *property in his own person*. Alla sommità degli ordinamenti degli odierni Stati costituzionali di diritto si trova un cospicuo *set* di diritti, principi e valori etici; essi non sono più pretese individuali nei confronti dei pubblici poteri, ma elementi costitutivi, interagenti e integranti il sistema costituzionale complessivo. Tra regole giuridiche e principi etici non ci sono coincidenze occasionali di contenuto: le carte costituzionali, e più in generale i testi normativi, hanno storicamente assorbito dottrine etiche di diversa provenienza (i.e. dottrina dei diritti dell'uomo, dottrine della responsabilità, dottrina della colpa) anche al di là della fattualità storico-sociale di una *rule of recognition*. Questa incorporazione implicita e/o esplicita delle ragioni etiche in quelle giuridiche impone una riflessione. Il diritto, i diritti, non vanno intesi nella loro dimensione individuale, a sé stante, nel loro essere "riconosciuti" come inviolabili o fondamentali semplicemente perché pertinenti a ogni individuo in quanto essere umano. I diritti aprono la possibilità del ragionamento morale e la loro concreta realizzazione prescrive il ricorso a argomentazioni morali e sostanziali¹. I diritti, in ragione dei gravi *deficit* della certezza giuridica e del sillogismo giudiziale, muovono dai conflitti, da un "fare giurisdizionale con argomenti".

È pacifico sostenere che l'ordinamento giuridico sia composto da due tipi di norme, regole e principi. Le regole sono contraddistinte dal tratto del-

¹ Cfr. B. Celano, *Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in *Analisi e diritto*, Torino 2004, p. 53.

l'ipotesicità, espresso, in una teoria del linguaggio normativo, con la formula di un enunciato condizionale: Se X allora Y . I principi (diritti e/o interessi costituzionali) sono concetti che presentano un notevole grado di difficoltà, teorica e pragmatica. I giuristi riconoscono i principi come norme fondamentali per la loro posizione di 'superiorità' all'interno dell'ordinamento giuridico, superiorità dovuta al loro essenziale segno identificativo e assiologico nella fisionomia del sistema giudico (o sottosistema di riferimento). Superiorità non solo quanto alla posizione ma anche quanto al contenuto *open textured*; questa indeterminazione contenutistica, è dovuta alla *defeasibility* e alla *vagueness*. La defettibilità del principio riposa sulla non manifestabilità del principio, nella formula dell'enunciato condizionale; la vaghezza per parte sua sul non essere, il principio immediatamente suscettibile di applicazione ai casi concreti². Siamo al dunque. I criteri tradizionali di soluzione delle antinomie tra regole giuridiche, *lex superior derogat inferiori*, *lex posterior derogat priori* e *lex specialis derogat generali*, dichiarano la loro incompetenza quanto alla risoluzione dei conflitti tra principi costituzionali, principi che godono di pari dignità di posizione e di garanzia costituzionale. La mancanza di una catalogazione gerarchica tra i *Grundrechte* da un lato, e l'assenza di un criterio di coordinamento formalmente previsto o convenzionalmente accettato dalla comunità dei giuristi dall'altro, impone il ricorso a nuove tecniche di risoluzione, "ponderazione o "bilanciamento". Il bilanciamento (*Balancing test* nella cultura americana, *Abwägung* nella cultura tedesca) ha preso solo da qualche decennio familiarità nella cultura giuridica italiana. Mi limiterò, in questa breve ricerca, alla descrizione e distinzione di due tipologie di bilanciamento, tipiche della cultura anglosassone. Terrò da parte questioni di genealogia del bilanciamento tra interessi e diritti nella cultura americana e in quella europea e le supportanti spinte culturali, molto variegata, antiformaliste, anti-idealiste e "sociologiche"³. Per una corretta definizione

² R. Guastini, *Ponderazione. Un'analisi dei conflitti tra principi costituzionali*, in "Ragion Pratica", 27 (2006), p. 155 s.

³ Il *balancing* è da molti considerato una delle gemme del realismo giuridico americano. Tra gli assunti condivisi dagli abitatori ideali della *new land*, senza dubbio quello della asserzione della attività creativa del diritto da parte dei giudici (il ruolo del giudice quale ingegnere sociale e tecnico del conflitto di interessi) e quello holmesiano del grado di profezia di ciò che i Tribunali faranno rappresentare, a mio avviso, il possibile *background* di riferimento. Sul realismo americano cfr. G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milano 1962; S. Castignone - C. Faralli - M. Ripoli (a cura), *Il diritto come profezia. Il realismo americano: antologia di scritti*, Torino 2002; O.W. Holmes, *The Path of the Law* in "Harvard Law Review", 10 (1897); R. Pound, *A Survey of Social Interest*, in "Harvard Law Review", 57 (1943); K.N. Llewellyn, *The Brumbe Bush. On our Law and its Study*, New York 1951. In Europa l'esigenza di un modo di ragionare intorno al diritto che prendesse a cura con tecniche di ponderazione interessi

di bilanciamento, prenderò in esame, in seguito, tre modelli teorici di riferimento, modelli che sottendono altrettanti atteggiamenti normativi. Mi pare che perché il *balancing* sia preso sul serio, sia inevitabile lanciare una proposta teorica che chiarifichi i presupposti della ponderazione. Nell'ordine, seppure succintamente: teoria della razionalità; teoria dei diritti e dei conflitti; teoria dei valori. Brevi riflessioni concluderanno l'indagine.

1. Sul *balancing*

Il bilanciamento è una tecnica argomentativa utilizzabile allorché in sede giudiziale, la sussunzione risulti non essere sufficiente ai fini della risoluzione del caso. Di fronte a un concorso conflittuale tra principi costituzionali *tutti* ascriventi diritti fondamentali e/o interessi *tutti* giuridicamente rilevanti, il giudice, sia esso la Corte Costituzionale o una corte ordinaria a cui sia “formalmente” demandata la funzione di controllo di costituzionalità o l'applicazione diretta di principi e diritti costituzionali, può decidere *bilanciando*⁴. La cultura giuridica americana tiene ferma la distinzione tra l'*ad hoc balancing*

concreti e valori era emersa, in antitesi alla “giurisprudenza dei concetti”, con la *Interessenjurisprudenz*. Il Jhering della maturità, avendo abbracciato una pragmatica teleologica del diritto, aveva spostato l'asse dalla logica del diritto alle valutazioni della vita provocando quindi una rivisitazione degli uffici della scienza del diritto e della giurisdizione (sul punto cfr. G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. Ottocento e Novecento*, Roma-Bari 2002, pp. 188-199; R. Jhering, *Der Zweck im Recht*, Lipsia 1893, I; P. Heck, *Der Kampf um's Recht*, Vienna 1877). La “giurisprudenza degli interessi”, è ben noto, fu una delle manifestazioni di un fenomeno ben più ampio di “rivolta contro il formalismo”, il *Freirechtsbewegung*. Ai fini di una ricostruzione genealogica dei rapporti tra *balancing* e teorie giuridiche antiformalistiche merita approfondimento l'opzione di un primato nordico-scandinavo. Meglio: il noto realismo scandinavo della scuola di Uppsala sta nel vasto fenomeno dell'anti-formalismo per l'intenzione e l'attenzione all'attualità e materialità del diritto, al di là della normatività e delle forme concettuali. Siffatta rivolta non può dirsi tuttavia fenomeno esclusivo della scuola svedese. Nell'orizzonte realistico svedese il realismo giuridico è *teoria della conoscenza*. A lato dello *Skandinaviske Realism* a partire dalla fine del Settecento si era sviluppata in Danimarca e Norvegia, un'altra matrice di ricerca, quella che i suoi autori definirono come *Den Nordiske Realism* (Anders Sandøe Ørsted e Anton Martin Schweigaard, i *founding fathers*), realismo che per la particolare attenzione ai problemi dell'argomentazione, della decisione giudiziaria, in termini di *reelle hensyn* (considerazioni pratiche), di *billighed* (ragionevolezza), di *nyttige* (utilità), di *rette* (giustizia), si lasciava caratterizzare come *teoria della decisione giudiziaria*. Alla fine dell'Ottocento le teorie ørstediane e schweigaardiane si innestarono, in special modo in Norvegia, con le istanze del “movimento del diritto libero” (Cfr. A. Serpe, *I diritti dell'uomo in Norvegia. I fondamentali teorici fondamenti*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna 2007/1, pp. 99-127; A. Serpe, *Il realismo giuridico in Danimarca e Norvegia in Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna 2008/1, pp. 63-90).

⁴ G. Pino, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in “Ragion Pratica”, 28 (2007), p. 220.

(bilanciamento ad hoc) e il *definitional balancing* (bilanciamento definitorio). Con il primo tipo di bilanciamento il giudice decide valutando tutte le circostanze del caso, senza vincolare le proprie decisioni a uno standard di giudizio; nel secondo caso il giudice, pur valutando tutte le circostanze del caso, definisce criteri e standard in virtù dei quali valutare casi analoghi in futuro.

Da subito una premessa. Per conflitto normativo si intendono sia i conflitti *in abstracto* che i conflitti *in concreto*. Il conflitto *in abstracto* è un tipo di ‘conflitto concettuale’ che si produce ogni volta che due norme connettono due conseguenze giuridiche incompatibili (e quindi offrono due soluzioni incompatibili) a due classi di fattispecie. In altre parole il conflitto *in abstracto* si identifica a prescindere da una *specificazione* e da un riferimento a una fattispecie concreta. Il conflitto nasce non in occasione dell’applicazione della norma a un caso concreto, ma a livello teorico, giacché le due fattispecie intrattengono relazioni concettuali (l’una è concettualmente inclusa nell’altra). Si faccia l’esempio di una prima norma che vieta l’assunzione di sostanze stupefacenti e una seconda norma che consente l’assunzione della marijuana. Il conflitto *in concreto* si realizza qualora nella fase di applicazione del diritto a un caso concreto, ci si renda conto che due norme connettono due conseguenze giuridiche incompatibili (e quindi offrono due soluzioni incompatibili) al medesimo caso concreto. In taluni (e frequenti) casi non vi è un legame concettuale fra le due fattispecie, ma il caso concreto da decidere ricade sotto il dominio di due classi di fattispecie che sanciscono conseguenze giuridiche incompatibili. Tali conflitti emergono se e solo se vi è in questione un caso particolare da decidere, quindi solo a livello applicativo (e non teorico) del diritto. Si faccia l’esempio: una prima norma stabilisce che i cittadini devono dichiarare il reddito annualmente e una seconda norma stabilisce a sua volta che nessuna dichiarazione dei redditi è dovuta dai disoccupati. Nell’esempio la classe dei “cittadini” è concettualmente indipendente dalla classe dei “disoccupati”, per cui il conflitto si genera se e solo se un soggetto appartiene contemporaneamente alla classe dei cittadini e a quella dei disoccupati⁵.

Occorre ritornare al bilanciamento. Col bilanciamento *ad hoc* il giudice di fronte a due o più principi collidenti, siano essi costituzionali o soggiacenti esplicitamente o implicitamente un settore giuridico determinato o l’ordinamento giuridico nel suo complesso, si limita a risolvere un singolo caso, abbandonando aspirazioni volte a fissare, attraverso criteri e/o standard, tutti i casi di antinomie tra i suddetti principi. In altre parole la norma di

⁵ Sulla distinzione tra conflitti *in abstracto* e conflitti *in concreto*, cfr. R. Guastini, *Ponderazione. Un’analisi dei conflitti tra principi costituzionali*, cit., p. 152 s.

collisione che dirime il conflitto, adottata in seguito a un'analisi argomentata delle circostanze concrete e gli interessi in gioco ed ispirata ai criteri della *fairness and justice*, è una decisione particolare e concreta non destinata a regolare casi analoghi futuri⁶.

Diversa è la tecnica del bilanciamento definitorio. Attraverso di esso il giudice costruisce la regola di collisione che determina la prevalenza di un principio su un altro, ma facendo riferimento a *tutte* le circostanze rilevanti in presenza delle quali un principio prevale sull'altro. In altre parole la regola di collisione non ha la forma di un provvedimento particolare e concreto, in quanto il giudice non si limita a enucleare le sole circostanze rilevanti e attinenti al caso da decidere. Nel bilanciamento definitorio il giudice non stabilisce che le considerazioni addotte sono limitate alle *actual circumstances*. La decisione soppesata non è indeterminata rispetto al caso generico, ma assume la forma di una norma generale e astratta, norma che, pur costituendo un criterio generico, una *defeasible rule*, tuttavia acquisisce la carica di regola destinata a regolare casi analoghi in futuro⁷. Questo tipo di bilanciamento presenta delle difficoltà quanto alla possibilità, se c'è possibilità, di una regola che, salvo ipotesi di *distinguishing*, cristallizzi le circostanze rilevanti, di fatto e di diritto, a partire da assunzioni teoriche, empiriche e normative⁸. Ma di questo in seguito.

Come già accennato, per evitare che il *balancing* resti un *empty label*, un termine vuoto, una formula magica la cui pronuncia consenta di dipanare i dilemmi pratico-giuridici attraverso l'attribuzione di un maggior o minor peso a un principio, si fa necessaria una riflessione. Il bilanciamento è una tecnica argomentativa e, per quanto sia un metodo ragionevole di risoluzione di conflitti normativi, esso non designa né una procedura indefettibile né la metodologia di decisione razionale. Una tecnica che è *una ex pluribus*. Da questo punto di vista il bilanciamento è una *open question* proprio perché sottende diversi atteggiamenti normativi e definizioni analitiche. Non

⁶ Sull'ipotesi di una irragionevolezza del bilanciamento *ad hoc* perché intuitivo e non razionalmente giustificato (in quanto non soddisfa in modo sufficiente le regole di un'argomentazione razionale) cfr. G. Maniaci, *Razionalità e bilanciamento tra principi del diritto: un inventario, un'intuizione, una proposta*, in "Ragion Pratica", 26 (2005), pp. 353-363.

⁷ Sull'idea che il *defitional balancing* sia un modello ideale e desiderabile quanto all'esigenza di certezza del diritto ma irraggiungibile da un punto di visto pragmatico *Ibid.* Maniaci elabora una terza categoria di bilanciamento: il bilanciamento razionalmente giustificato.

⁸ Sulla ricostruzione dei vari tipi di *balancing* cfr. G. Itzcovich, *Bilanciamento ad hoc e bilanciamento definitorio. Bilanciamento "ragionevolmente definitorio"? Ponderazione fra principi e teoria dell'argomentazione giuridica nella ricerca di Giorgio Maniaci*, in "Diritto & questioni pubbliche", 3 (2003), pp. 109-122.

è proficuo interrogarsi sul bilanciamento se non si propone un modello (o dei modelli) teorici di riferimento. Nella mia succinta ricostruzione tenterò, esulando da aspirazioni normativo-sostanziali, di individuare tre modelli teorici di riferimento, restando pertanto fedele a un'esigenza esplicativo-problematica. Questo mio contributo si fonda su un'intuizione che merita ulteriori verifiche e uno studio sul campo: una credenza che la tecnica del bilanciamento è da intendersi a seconda di una determinata opzione teorica di partenza. Il *balancing* presuppone scelte teoriche quanto ai concetti di razionalità, di diritto/conflitto, di valore. Queste tre teorie fluiscono e rifluiscono nel sistema delle ragioni pratiche per un'esigenza epistemologica e pratica. Getterò solo delle piattaforme di studio.

2. *Balancing vs. razionalità*

Anzitutto la nozione di bilanciamento è senza dubbio debitrice della nozione di discorso razionale. Il bilanciamento si svolge all'interno di un ragionamento pratico a muovere da argomentazioni ragionevolmente giustificate. Non sarà quindi possibile eludere una teoria della razionalità. Da un punto di vista normativo la scelta del giudice deve essere giustificata: più è criticabile, più dovrà essere difendibile, più sarà difendibile, più le ragioni a sostegno mostreranno il loro peso. Il terreno della giustificazione è fertilizzato da ragioni logiche e teoriche, variabili costanti della *justificatory procedure*. Siamo al dunque. Cosa è da intendersi per razionalità? Con quali modalità la razionalità si esplica? Quali e come le dinamiche di funzionamento dell'agire razionale? La razionalità, concetto chiave del ragionamento pratico e dell'argomentazione, segno distintivo dell'essere umano, è una nozione imprescindibilmente legata a quella di "logica". *Ratio* è la facoltà della ragione e *ragionare* si riferisce ai processi del pensiero o ragionamento; *ragione* si dice quanto al *terreno (ground)* a favore delle conclusioni di un argomento. Tuttavia, la filosofia pratica e la teoria del diritto sono solite utilizzare il termine *razionalità* in un senso ben più ampio di quello di *correttezza logica* o *inferenza valida*. In tal senso *razionalità* designa i metodi di ragionamento e i modelli di azione presi in considerazione nelle procedure argomentative e giustificatorie; *non-razionale* o *irrazionale* di conseguenza, non delimita né il campo del "logicamente falso" o "logicamente non corretto" né del "non correttamente inferito". Potrebbe, mi sia consentito, significare "non adatto a realizzare un *datum* oggettivo".

La razionalità presupposta dalla teoria dell'argomentazione giuridica è un concetto elusivo che sfugge da ogni tentativo di formalizzazione. Tuttavia

entro le tecniche argomentative, oltre ai modi della razionalità logica, è data la possibilità di distinguere tre forme di razionalità: a) una *razionalità cognitiva*, che concerne le credenze umane e le esigenze di conoscenza; b) una *razionalità strumentale* (pragmatica), che concerne l'uso di mezzi effettivi o ottimali per la realizzazione di scopi determinati; c) una *razionalità dialettica* (assiologica o di valore), che concerne i valori in termini di apprezzamento degli scopi (*goals*) delle azioni umane. Questi tre modi di razionalità costituiscono un tutto unico e indissolubile in cui tutte e tre le forme sono inseparabilmente co-presenti. La razionalità è un'unità essenzialmente olistica. L'applicazione di a) permette di estendere la chiarezza procedurale della scelta razionale anche al di là dell'ambito della razionalità strumentale. Il decisore adotta procedure cognitive compatibili sia con l'esigenza di accuratezza informativa che con l'esigenza di trattenerne lo sforzo cognitivo entro e non oltre i confini della sostenibilità. La a) è connessa, in fase applicativa, ai criteri della *coherence* e della *consistency* (un sistema di credenze si dice *coherent* se: è logicamente *consistent*; se ha un alto grado di *consistency* problematica; se presenta un numero significativo di connessioni inferenziali relativamente forti fra le credenze-componenti; se è relativamente unificato, ovvero non è suddivisibile in sottosistemi sconnessi; se contiene poche anomalie inspiegate; se fornisce una concezione relativamente stabile del mondo pur tuttavia rimanendo *coherent*)⁹.

L'applicazione di b) permette al decisore di argomentare o deliberare razionalmente a partire dall'individuazione del mezzo ritenuto più idoneo al soddisfacimento dei propri interessi e/o desideri. L'individuazione del mezzo segue alla partecipazione del decisore a una procedura argomentativa razionale¹⁰. Questa forma di razionalità ci conduce al dibattito sulla natura delle ragioni interne o esterne, alle diverse determinazioni della *theory of choice* e della *theory of moral language*. C'è connessione concettualmente necessaria tra i giudizi morali e motivazione a agire? Oppure la forza motivazionale dei giudizi deriva da fattori esterni a essi, quali i desideri dell'agente?¹¹

⁹ A. Aarnio – R. Alexy – A. Peczenick, *The Foundation of Legal Reasoning*, in “Rechtstheorie”, 12 (1981), pp. 133-158; 257-279; 423-448 (tr. it. *Fondamenti del ragionamento giuridico*, in P. Comanducci - R. Guastini [a cura] *L'analisi del ragionamento giuridico*, Torino 1989, pp. 121-187).

¹⁰ G. Maniaci, *op. cit.*, p. 354.

¹¹ Il dibattito sulle ragioni interne e esterne, internalismo e esternalismo, è cresciuto negli ultimi anni fino a diventare una nuova prospettiva dalla quale individuare e classificare un insieme di problemi etici a partire da una concezione strumentale della razionalità pratica. In questa sede mi preme soltanto ricordare che i contributi estremamente ricchi e sofisticati di molti filosofi morali (tra i quali: B. Williams, D. Parfit, T. Nagel, C.M. Korsgaard, J.

L'applicazione di c) presenta altrettante sfide. La razionalità dialettica rinvia direttamente alla tematica dei valori, i quali valori da parte loro rinviano alla *comunità del discorso* di riferimento, quindi all'efficienza dell'argomentazione e alla sua carica persuasiva (oltre che convincente) all'interno di un dato *audience*. La c) non presenta solo tratti metodologici quanto al "come" delle scelte e delle valutazioni ma si focalizza sui *risultati*, sugli *impatti* delle azioni compiute. L'applicazione di c) rinvia, non è mistero, alle nozioni di *efficacia* dell'argomentazione, *ragionevolezza* delle ragioni avanzate, *accettabilità* della tesi normativa, *generalizzabilità* delle conseguenze, *condivisibilità* dei giudizi di valore, *jumps* tra "operazioni logiche" e "procedure di valutazione". Si tratta di un insieme di principi eterogenei che possono entrare in competizione tra loro. Un comportamento, un'argomentazione, una decisione, possono considerarsi razionali anche se non realizzano a pieno tali principi; i criteri di c) sono suscettibili di bilanciamento e ponderazione reciproca. Anzi la razionalità dialettica può essere definita, essa stessa, come il bilanciamento e la ponderazione ottimale dei vari criteri che la costituiscono. In tal senso la c) è concepibile come forma della ragionevolezza pratica. L'applicazione di c) piega la razionalità alle esigenze di ragionevolezza: pur essendo meno stringente, si presta a un ambito di applicazione più vasto rispetto alla razionalità logica¹².

3. *Balancing vs. conflitti*

La teoria della razionalità, nelle forme di una teoria della scelta razionale, bilanciamento e ponderazione, rimanda a un'analisi dei diritti umani e del conflitto. È ufficio di una teoria del diritto soggettivo svolgere un'analisi formale della nozione di diritto soggettivo. Le formulazioni astratte quanto alla natura del bilanciamento e del conflitto tra diritti, principi e interessi costituzionalmente garantiti si declinano diversamente a seconda di cosa si intenda per diritto soggettivo. Un paio di esempi getterà luce sul punto. Secondo la *Interest Theory* l'idea del diritto soggettivo implica un dovere.

McDowell, C. Bagnoli, M. Sbisà) hanno preso le mosse dal saggio di William Frankena, in cui l'autore teorizzava e sistematizzava le due posizioni: coloro che suggerivano la possibilità per un agente di avere in obbligo, o capire di averlo, anche in assenza di una motivazione e coloro che al contrario sostenevano la natura paradossale e l'impossibilità logica di una tale impostazione; (Cfr. W. Frankena, *Obligation and Motivation in Recent Moral Philosophy*, in A.J. Melden, (a cura), *Essays in Moral Philosophy*, Washington 1958, pp. 40-81.

¹² Sul punto, cfr. S. Berteà, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Catanzaro 2002, p. 84 s.

Hohfeld osservava che tra le situazioni giuridiche elementari esistono relazioni di correlazione e opposizione, per cui il termine *legal right* viene nella pratica utilizzato in relazione a situazioni giuridiche elementari attive (*claim, privilege, power, immunity*) e in correlazione a situazioni giuridiche passive (*duty, no-right, liability, disability*). Ciascuna modalità del *legal right*, dà vita a quattro relazioni di opposizione, per cui ciascuna modalità è negazione dell'altra¹³. Questo approccio teorico genera una specifica nozione di conflitto fra diritti fondamentali, diritti quali situazioni giuridiche attive, e/o tra essi e i loro corrispondenti negativi. La *Will Theory*, per parte sua, stabilisce che i diritti sono un potere attribuito al titolare di "regolare in base alla propria volontà i rapporti con altri"¹⁴. Il conflitto tra diritti fondamentali in sede giudiziale genererà, non è azzardato affermarlo, un bilanciamento in difesa dei diritti sociali (a differenza della *interest theory* più attenta alla protezione dei diritti individuali). Ben si evince che la tematica dei fondamenti teorici dei diritti soggettivi produce già essa diversi approcci quanto a conflitto e ponderazione.

Se provassimo a riflettere in termini di micro-diritti e macro-diritti¹⁵, a partire dalla teoria hohflediana dei diritti soggettivi, concorderemmo nel ritenere che: x) per micro-diritti si intendono le situazioni favorevoli semplici (*claim, privilege, power, immunity*); y) per macro-diritti si intendono le situazioni favorevoli complesse (*packages of rights*). Un esempio: la libertà di espressione (art. 21) presenta un nucleo (la libertà) a cui è correlata una non-pretesa altrui (un'immunità); z) per diritti-ragione si intendono le situazioni favorevoli argomentative (valori etici positivizzati nella Costituzione). Un esempio: la libertà di espressione non solo è un nucleo correlato a una non-pretesa altrui, ma significa vantare una ragione, un argomento, un valore, tali da fungere da *ground* nell'ambito di un ragionamento pratico volto alla risoluzione di un conflitto.

Veniamo alla teoria del conflitto. I conflitti di x) e y) sono registrabili come conflitti tra norme (e non principi) che li attribuiscono, per cui risulta possibile l'applicazione dei tre tradizionali criteri di soluzione delle antinomie. La grande sfida è lanciata da z). Come si risolvono i conflitti

¹³ Sul punto cfr. B. Celano, *I diritti nella jurisprudence anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz*, in P. Comanducci - R. Guastini (a cura), *Analisi e Diritto 2001. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino 2002, p. 50 ss; B. Celano, *Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in *Analisi e diritto*, cit., p. 64.

¹⁴ H.L.A. Hart, *Bentham on legal rights*, in *Essays on Bentham*, Oxford 1982, p. 183 s.

¹⁵ Presto attenzione alla proficua distinzione di Mauro Barberis quanto alle tre "situazioni" favorevoli (semplici, complesse e argomentative) dei diritti soggettivi. Cfr. M. Barberis, *Etica per giuristi*, Roma-Bari 2006, pp. 3-10.

tra diritti-ragione? Siamo al dunque. La tecnica usata dai giudici costituzionale è senza dubbio il bilanciamento. Sembra banale ammettere l'esistenza *reale* dei conflitti tra valori. Tuttavia si registrano diverse tendenze, non solo quanto ai criteri di risoluzione ma quanto alla stessa esistenza del conflitto.

Terrò da parte x) e y), mi concentrerò succintamente sull'ipotesi z). In merito a z) mi limito a elencare tre modelli teorici del conflitto, a cui, come esplicherò in seguito, corrispondono due modelli etici di riferimento: z1) Teoria dell'inesistenza dei conflitti: il conflitto è ammissibile in sede teorica; in sede di applicazione del diritto la possibilità del conflitto è radicalmente ridotta o addirittura esclusa in quanto, data l'esistenza di un ordine gerarchico tra i diritti fondamentali (il diritto primario è la libertà nelle voci della *freedom from* e *freedom of*), il diritto gerarchicamente "inferiore" arretra sempre di fronte a quello "superiore"¹⁶; z2) teoria dell'esistenza apparente dei conflitti: questa teoria si conforta, da un punto di vista epistemologico con pretese molto ambiziose. La Carta Costituzionale si fonda sull'armonia, sulla coerenza e sull'integrità di principi e diritti-ragione, una griglia, la Costituzione, unitaria "nel nome dei valori"¹⁷. Le ambizioni gerarchiche sono abbandonate a favore di una *consistency* contenutistica strutturata sulla pace fra valori, su un'euritmia assiologica, su un *minimum* essenziale dei *Grundrechte*. La gerarchia si spiega come fraintendimento¹⁸. Il conflitto è misconosciuto, è un fenomeno di superficie, dovuto a una vaghezza linguistica che il giudice, saggio e esperto, riesce con l'intuizione a diradare¹⁹. Come si individua (le domanda nascono d'impulso) un *minimum* al di qua di un bilanciamento? Gli *hard cases* sono solo ipotesi concettuali? La regola di collisione ha la struttura di un enunciato condizionale alla pari di una norma? z3) Teoria dell'esistenza dei conflitti: il conflitto è reale. I diritti, principi e valori costituzionali, in quanto indeterminati, incommensurabili e eterogenei *effettivamente* configgono. I conflitti possono catalogarsi in: *intra-rights conflicts* (tra interessi omogenei); *inter-rights conflicts* (tra interessi non omogenei); *competing-rights conflicts* (tra interessi individuali e interessi di altro tipo). La regola di collisione non può considerarsi universalmente indefettibile, generalizzabile o predittiva di casi analoghi futuri.

¹⁶ Cfr. L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari 2001, p. 277-369.

¹⁷ M. Lucani, *Corte Costituzionale e unità dei valori*, in R. Romboli (a cura), *La garanzia costituzionale a una svolta*, Torino 1991, p. 176.

¹⁸ R. Bin, *Diritti e fraintendimenti*, in "Ragion Pratica", 14 (2000), pp. 15-25.

¹⁹ Cfr. R. Dworkin, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Harvard 2000, p. 4; R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normative*, Milano 2004, p. 295.

4. *Balancing vs. valori*

Una teoria dei diritti fondamentali e dei conflitti normativi dipende per parte sua dalla opzione morale che si abbraccia. Cosa sia un diritto fondamentale, e cosa sia un conflitto normativo, quali ne siano i correlati e le implicazioni, hanno risposta a partire da una determinata *scelta etica*. In altre parole: non può darsi una teoria della razionalità senza una teoria dei diritti fondamentali, e dei conflitti normativi senza che si dia anzitutto una teoria dei valori. Si danno valori ultimi? I valori ultimi sono conflittuali? C'è armonia o dissenso tra i valori ultimi? Come risolvere i dilemmi morali? Con la tecnica del bilanciamento ad hoc (risoluzione caso per caso) o del bilanciamento definitorio (risoluzione in generale)? Da un punto di vista sistematico è possibile distinguere due grandi blocchi di teorie dei valori: il monismo etico e il pluralismo etico. Le teorie del conflitto (z_1 , z_2 , z_3) possono ascrivere a una o all'altra. Procediamo con ordine.

Anzitutto considererò le espressioni “pluralismo etico” e “monismo etico” come teorie metaetiche, per interrogarmi non su come la gente deve valutare (teoria etico-normativa) ma su cosa significhi *valori etici*. a) Il monismo etico considera l'esistenza di una unicità dei valori ultimi. Esempi di monismo sono l'utilitarismo che riconduce il sistema etico al valore unico e ultimo dell'utilità; l'aristotelismo che ricorre al valore della felicità; il tomismo che richiama il valore del *summum bonum*. Monisti potrebbero considerarsi alcuni autori che difendono posizioni oggettivistiche in filosofia morale: mi riferisco ad una classe di filosofi che propendono per un'oggettività dei valori a partire da un concetto forte di razionalità umana e dal concetto di individuo quale essere razionale responsabile delle sue azioni e comportamenti²⁰. Quanto all'ipotesi di un'armonia tra valori, senza dubbio il monismo è votato alla pace fra i valori (irenismo etico). Seppure per ipotesi si dessero più valori ultimi, essi, i valori, non confliggerebbero. E se essi dovessero confliggere, i conflitti sarebbero risolti attraverso tecniche che garantirebbero una soluzione generale e valida per il futuro. Beninteso l'assunto di partenza, è bene insistere, è la gerarchia assiologica fissa tra i valori. b) Il pluralismo etico per parte sua considera la pluralità dei valori ultimi, data la molteplicità degli obiettivi umani, l'incommensurabilità degli interessi e la perenne

²⁰ La tematica dell'oggettività dei valori è estremamente complessa e variegata. Mi limito (questo è lo scopo del mio contributo) a porre sul tavolo questioni che attendono un'ulteriore investigazione. Al momento mi riesce di differenziare tre modi di intendere l'oggettività: come “conquista individuale” (Murdoch, Brandt, Grice); come “scoperta” (Nagel, Donagan, Gerwith); come “costruzione” (Rawls, Korsgaard, Bagnoli).

conflittualità tra gli esseri umani²¹. La variegata quantità dei valori genera incompatibilità, quindi dilemmi. I pluralisti sostengono l'esistenza di genuini dissidi morali che attentano alla coerenza del sistema morale. I conflitti e le loro risoluzioni dipendono dal caso concreto; fra valori non esistono gerarchie fisse, solo mobili scale di valori che permettono una soluzione *ad hoc* del conflitto.

Al monismo etico possono ascrivere, nonostante differenze interne non trascurabili, sia la teoria dell'inesistenza dei conflitti (z1) che la teoria dell'esistenza apparente dei conflitti (z2). Al pluralismo etico si ascrive appieno titolo la teoria dell'esistenza dei conflitti (z3). In sede interpretativa i monisti (quindi i teorici dell'inesistenza dei conflitti e dell'esistenza apparente dei conflitti) adottano un modello di scoperta del significato: la scoperta, tramite un'intuizione, riesce a dare coerenza all'ordine turbato. Il *weighing*, portatore di istanze costruttivistiche, non si rende necessario, tutt'altro. Per i pluralisti, l'interpretazione è volta alla costruzione di un significato, è un'attività argomentativa molto più complessa. Un'interpretazione è solo uno fra gli anelli di una catena interpretativa. Un'interpretazione produce una soluzione *ad hoc*: le gerarchie mobili non pongono né impongono scelte radicali. Quanto razionale può dirsi un'interpretazione? Quanto razionale può dirsi una scelta non radicale? A quali parametri logico-razionali deve sottostare una risoluzione caso per caso? Riappare lo spettro della teoria della razionalità: il circolo sembra farsi più virtuoso che vizioso. Il problema è di nuovo, e sempre, razionalità. Una scala gerarchica mobile, per questo ponderata, può dirsi razionale, o quanto meno ragionevole? L'utilità ha l'ultima parola, o la ragione? Monismo *vs.* pluralismo, irenismo *vs.* conflittualismo: sono, essi, in riferimento al bilanciamento, *exclusionary reasons*?

Da queste brevi riflessioni emerge la necessità da parte di una 'completa' Teoria dell'argomentazione di tenere ben salde le indagini quanto a razionalità, conflitto e valori. Riflettere sulle interconnessioni tra le varie piattaforme teoriche è operazione salutare per più di una ragione. Le disposizioni costituzionali risultano essere idonee a regolare non solo i rapporti tra privati e lo Stato ma anche tra privati, nell'ambito di una controversia giuridica. Il rischio è evidente: la Costituzione è consegnata nelle mani dei giudici che potrebbero manipolarla al punto da depauperarla, vuotarla, relativizzarla. Il *balancing* consente alle Corti di prendere in considerazione anche interessi che non hanno uno specifico appiglio riconoscitivo in Costituzione. La giurisprudenza grida ai "nuovi diritti" per indicare l'assenza di

²¹ Cfr. I. Berlin, *Two Concepts of Liberty* (1958), tr. it. *Due concetti di Libertà*, Milano 1989.

una specifica disciplina costituzionale: il diritto all'identità sessuale, il diritto fondamentale all'abitazione, il diritto alla convivenza. Il bilanciamento, se preso sul serio, specie nella versione del *ad hoc balancing* provoca delle grosse ansie. La ragionevolezza del bilanciamento corre il rischio di svuotare il segno distintivo dello Stato, la sovranità. Il *balancing* strizza, seducente, l'occhio alla Costituzione per poi assediare. Si presenta come garante e attuatore, ma poi, sedotto anch'esso dalla politica, azzarda l'abbandono. La Costituzione contempla l'immagine di una medusa che galleggia indifferente anche se c'è maretta e l'acqua non è proprio limpida.
