

Tre problemi di teoria del bilanciamento

di Pierluigi Chiassoni*



Sommario: § 1. – Tre problemi. § 2. – Primo problema: se il bilanciamento sia interpretazione. §. 2.1. – Una questione non oziosa. § 2.2. – “Interpretazione”. § 2.3. “Bilanciamento”. § 2.3.1. – Bilanciamento-tecnica. § 2.3.2. Bilanciamento-principio. § 2.3.3. – Bilanciamento-attività. § 2.3.4. – Bilanciamento-prodotto. § 2.4. – Interpretazione e bilanciamento. § 3. – Secondo problema: se il bilanciamento sia, o possa essere, razionale. § 4. Terzo problema: se il bilanciamento sia dispensabile.

§ 1. – Tre problemi

Mi occuperò – è bene avvertire, in modo alquanto sommario – di tre problemi di teoria del bilanciamento.

Il primo problema attiene al rapporto tra bilanciamento giudiziale e interpretazione. Concerne – come si usa dire – la “natura” del bilanciamento. Consiste nel chiedersi *se il bilanciamento sia, o non sia, interpretazione; se esso abbia, o non abbia, carattere “interpretativo”*.

Il secondo problema attiene alla razionalità del bilanciamento. Consiste nel chiedersi *se il bilanciamento sia, o possa essere, razionale; in particolare, se, e quali, condizioni è necessario siano soddisfatte affinché esso sia conforme a ragione (non irrazionale, razionalmente giustificabile)*.

Il terzo problema attiene, infine, all’evitabilità o dispensabilità del bilanciamento. Consiste nel chiedersi *se il bilanciamento sia, o non sia, dispensabile; in particolare, se, nell’applicare la costituzione di uno stato costituzionale, sia possibile per i giudici fare a meno del bilanciamento, ricorrendo a modi diversi e alternativi di risolvere i conflitti tra principi, diritti o interessi di rango costituzionale*.

* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia. Il saggio costituisce la relazione presentata alle giornate di studio “L’interpretazione giuridica: dal monolitismo coudicistico all’attuale dedalo delle fonti”, Scuola Superiore della Magistratura, Villa Castelpulci, Scandicci, 15 giugno 2018. Desidero ringraziare vivamente i due referees anonimi ai quali questo lavoro è stato sottoposto per i commenti e le critiche che hanno avuto la generosità di formulare. Di essi terrò senz’altro conto in una prossima versione.

Il primo e il terzo problema attengono al bilanciamento giudiziale. Il secondo problema attiene più precisamente, come vedremo, alla razionalità del controllo giudiziale – ad esempio, da parte di una corte costituzionale – sul bilanciamento di principi diritti e interessi costituzionalmente protetti operati dal legislatore ordinario nell'adottare disposizioni atte a realizzare una certa misura legislativa. Attiene, in altri termini, alla razionalità del *meta-bilanciamento* giudiziale¹. Parlo di *meta-bilanciamento* poiché verte su di un bilanciamento, il (presunto) bilanciamento legislativo concernente la misura adottata, e, al fine di valutarne la correttezza costituzionale, si fa esso stesso bilanciamento, ripercorrendone le tappe (le valutazioni) ritenute salienti. Il bilanciamento legislativo è costituzionalmente corretto, se, e solo se, il suo risultato (la misura legislativa) coincide con il risultato al quale perviene il meta-bilanciamento giudiziale: la misura è così come deve, o può, essere *secundum constitutionem*.

§ 2. – Primo problema: se il bilanciamento sia interpretazione

§ 2.1. – Una questione non oziosa

Nella cultura giuridica italiana attuale, il rapporto tra interpretazione e bilanciamento è controverso.

Andrea Morrone, ad esempio, nella voce *Bilanciamento* scritta per il *Digesto. IV Edizione*, afferma: «un [...] nodo problematico è se il bilanciamento sia interpretazione»².

Così impostato il problema (*Se il bilanciamento sia, oppure non sia, interpretazione*), Morrone identifica due soluzioni contraddittorie: la prima è negativa (il bilanciamento *non* è interpretazione), la seconda è affermativa (il bilanciamento è interpretazione).

La soluzione negativa – sostiene Morrone – è motivata dall'obiettivo, di politica del diritto («prescrittivo»), di «falsificare ogni pretesa di fondamento scientifico al bilanciamento»³. Sul piano della giustificazione, la soluzione negativa si fonda su di un'argomentazione così articolata:

1. L'interpretazione costituzionale è come l'interpretazione di un qualunque altro documento normativo (negazione della specificità dell'interpretazione costituzionale);

¹ Cfr. P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, il Mulino, 2007, 163, 164-166.

² A. MORRONE, *Bilanciamento*, in *Digesto. IV Edizione*, Torino, UTET, 2008, 23.

³ *Ibidem*.

2. L'interpretazione è *conoscenza*: appartiene al novero delle attività conoscitive (tesi della «coincidenza tra interpretazione (giuridica) e verità»);

3. Il bilanciamento, tuttavia, non è conoscenza, bensì decisione, e, in particolare, decisione fatalmente *soggettiva*;

4. Dunque, il bilanciamento non è interpretazione⁴.

Morrone ritiene, tuttavia, che la soluzione teoricamente corretta sia quella positiva (il bilanciamento è interpretazione). Per le seguenti ragioni:

1'. L'interpretazione costituzionale non è come l'interpretazione di un qualunque altro documento normativo. Possiede, al contrario, una sua *specificità qualitativa*, che le deriva dall'essere la Costituzione documento «fondante e supremo», affidato a un «interprete privilegiato» quale la Corte costituzionale, e applicato mediante «tecniche di garanzia, tra le quali la ragionevolezza, il bilanciamento, il ricorso ai principi»⁵.

2'. L'interpretazione costituzionale, quale *specie* del genere *interpretazione*, non è attività *dimostrativa* (logica), bensì *argomentativa* (retorica) («ogni interpretazione [è] argomentazione»⁶).

3'. Il bilanciamento è attività non dimostrativa, bensì argomentativa.

4'. Il bilanciamento è, dunque, interpretazione⁷.

La soluzione negativa si fonda su di una concezione falsa, o quantomeno assai discutibile, dell'interpretazione. Nega la natura interpretativa del bilanciamento poiché l'interpretazione sarebbe attività di carattere (evidentemente) *conoscitivo*, mentre il bilanciamento sarebbe attività di carattere (evidentemente) *decisorio*, ed eminentemente *soggettiva*. Ora, che l'interpretazione abbia carattere conoscitivo è tesi propria del (vieto) «formalismo interpretativo», da tempo revocata in dubbio⁸.

⁴ *Ibidem*. Il ragionamento ha la struttura di un *modus tollens*. 1. Se qualcosa è interpretazione, allora ha carattere conoscitivo [(x) (Ix → Cx)]. 2. Il bilanciamento ha carattere non conoscitivo [¬Ca]. 3. Dunque, il bilanciamento non è interpretazione [¬Ia].

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ivi*, 23-24. Occorre osservare che il ragionamento addotto a favore della tesi affermativa (Il bilanciamento è interpretazione), se preso alla lettera, è logicamente fallace. Appare viziato, infatti, dalla fallacia formale dell'affermazione del conseguente. 1. Se qualcosa è interpretazione, allora ha carattere non dimostrativo bensì argomentativo [(x) (Ix → ¬Dx)]. 2. Il bilanciamento ha carattere non dimostrativo bensì argomentativo [¬Da]. 3. Dunque, il bilanciamento è interpretazione [Ia]. Nel testo offrirò una lettura che permette di evitare la fallacia.

⁸ Tra gli innumerevoli scritti sul tema, si pensi ad es. a H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), Torino, Einaudi, 1952, cap. VI; N. Bobbio, *Essere e dover essere nella scienza giuridica* (1967), in *IDEM, Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1970, 139-173; G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, il Mulino, 1974, Parte I, cap. II, Parte III, cap. II, Parte IV; U. ScarPELLI, *Interpretazione (Diritto)*, in *Gli strumenti del sapere contemporaneo. Volume II. I Concetti*, Torino, UTET, 1985, 419-423; R. GUSTINI, *Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giu-*

La soluzione affermativa sostiene il bilanciamento essere interpretazione sulla base del comune carattere “non dimostrativo”, ma “argomentativo”. Il bilanciamento sarebbe interpretazione, poiché parteciperebbe della proprietà (essenziale) dell’interpretazione: avrebbe anch’esso carattere non già “dimostrativo”, bensì “argomentativo”. Si può convenire su questo punto. Si tratta però di un modo oltremodo generico, poco preciso, e poco articolato, di dare soluzione al problema.

Se dunque, nell’accostarci al primo problema, guardiamo alla nostra cultura giuridica assumendo il punto di vista del saggio di Morone sul bilanciamento, appare inevitabile pervenire a due constatazioni: la prima constatazione è che il rapporto tra interpretazione e bilanciamento è controverso (è, per l’appunto, “un nodo problematico”); la seconda constatazione è che, apparentemente, vi è una buona dose di opinabilità e di genericità nei modi di affrontare e risolvere il problema.

L’opinabilità e la genericità delle soluzioni sembrano dipendere dalla mancanza di apparato terminologico e concettuale adeguato, ovvero sia dotato di sufficiente articolazione e chiarezza. Sembra, insomma, che soltanto dopo esserci dotati di un apparato concettuale e terminologico più preciso e più articolato saremo in grado di prospettare soluzioni non opinabili e (più) precise al problema se il bilanciamento sia, o no, interpretazione. È quello che cercherò di fare ora.

§ 2.2. - “Interpretazione”

Chiariamo anzitutto il primo dei due termini del nostro (primo) problema: “interpretazione”. *Che cos’è interpretazione giuridica* (interpretazione nel diritto, con riguardo al diritto)?

Tutti noi lo sappiamo, e la mia domanda può suonare, oltre che fuori luogo, irriverente. Fingerò tuttavia che non ne sappiamo nulla. Che dobbiamo costruirci da capo, qui, in questa sala austera, le nostre idee in proposito.

Ora a me sembra che per catturare gli aspetti centrali (più rilevanti, da un punto di vista pratico e teorico) del fenomeno “interpretazione giuridica”, occorra disporre di un apparato concettuale alquanto articolato. Che occorra tracciare una serie di distinzioni concatenate, secondo la tecnica millenaria dei c.d. “alberi di Porfirio”.

1. Assumerò come punto di partenza la distinzione tra interpretazione-attività e interpretazione-prodotto. *Interpretazione-attività* è processo mentale discorsivo: che consiste in, o è comunque riproducibile

ridico, in L. GIANFORMAGGIO, E. LECALDANO (a cura di), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Roma-Bari, Laterza, 1986, 173-201.

mediante, un discorso. *Interpretazione-prodotto* è un insieme di enunciati in una lingua naturale, *in mente interpretis* o reso pubblico mediante proferimento o scrittura, che rappresenta il risultato di un processo interpretativo: ciò cui un processo interpretativo perviene.

2. L'interpretazione-attività, tuttavia, e qui entra in gioco una seconda distinzione, può essere tale *in senso proprio* oppure *in senso improprio*.

Pone in essere un'attività d'interpretazione *in senso proprio* colui (o colei) che *compie* operazioni interpretative aventi *immediatamente per oggetto* materiali giuridici (i quali assumerò siano *principalmente* di due tipi: *disposizioni*, ovverosia enunciati del discorso delle fonti, e *norme*).

Per contro, pone in essere un'attività d'interpretazione *in senso improprio* colui (o colei) che *non compie* operazioni interpretative aventi *immediatamente per oggetto* materiali giuridici.

Sono *interpretazione in senso improprio* operazioni quali la *rilevazione*, la *previsione* e la *prescrizione* d'interpretazioni-attività o d'interpretazioni-prodotto altrui. Chi rileva che, poniamo, la Cassazione, nella sentenza S, ha interpretato la disposizione D della legge L a esprimere la norma N, non interpreta la disposizione D, bensì registra come altri (un certo giudice) l'ha interpretata. Chi prevede che la prima sezione civile del Tribunale di Genova, nella controversia C, interpreterà la disposizione D della legge L a esprimere la norma N, non interpreta la disposizione D; formula piuttosto una previsione su come un certo giudice la interpreterà. Chi, infine, prescrive (ad esempio, a titolo di raccomandazione) che la disposizione D della legge L sia interpretata a esprimere la norma N, non interpreta la disposizione D, bensì formula una prescrizione indirizzata all'attività interpretativa altrui.

3. Occorre peraltro distinguere – e qui entra in gioco una terza distinzione – due tipi d'interpretazione-attività *in senso proprio*: l'*interpretazione-attività in senso proprio e in funzione conoscitiva* e l'*interpretazione-attività in senso proprio e in funzione pratica*. La prima consiste in un'attività di carattere conoscitivo, i cui risultati contribuiscono ad ampliare la conoscenza del diritto nei modi di cui dirò ora. La seconda consiste, invece, in un'attività immediatamente preordinata alla risoluzione di un qualche problema giuridico, e dunque alla decisione di una controversia o alla proposta di una decisione.

4. Vi sono – ecco un'ulteriore, quarta distinzione – tre tipi d'interpretazione *in senso proprio e in funzione conoscitiva*: l'*interpretazione congetturale metodologica*, l'*interpretazione congetturale ideologica*, l'*interpretazione congetturale creativa*.

L'*interpretazione congetturale metodologica* consiste nell'ipotizzare i significati che possono essere ascritti a una disposizione alla luce delle *regole ermeneutiche* (“direttive”, “metodi”, “canoni”, “criteri”, “tec-

niche”) che gli interpreti, in un dato momento, si ritiene comunemente possano o debbano usare. Si tratta, occorre avvertire, di un’attività complessa, che involge, in sequenza, tre operazioni. La prima operazione consiste nel *rilevare le regole di traduzione, o direttive ermeneutiche primarie, utilizzabili*. Nella nostra cultura giuridica, si ritiene siano pacificamente utilizzabili, ad es., la regola d’interpretazione letterale, la regola dell’interpretazione conforme all’intenzione effettiva del legislatore storico, la regola dell’interpretazione conforme a costituzione, ecc. La seconda operazione consiste nell’*identificare le risorse interpretative utilizzabili*: i dati, necessari ad applicare le regole di traduzione, reperibili nel diritto positivo, nella cultura giuridica, nella società del tempo. La terza, e ultima, operazione consiste nel *calcolare* le interpretazioni-prodotto metodologicamente possibili, e, dunque, nell’identificare la “cornice” di significati alternativi corrispondenti alla disposizione interpretata⁹.

L’*interpretazione congetturale ideologica* consiste nell’ipotizzare i significati che possono essere ascritti a una disposizione alla luce delle diverse ideologie presenti nella cultura giuridica in un dato momento (un’ideologia essendo una “visione” complessiva del diritto o di un suo settore). Si pensi, ad esempio, rispetto all’interpretazione della Costituzione italiana, all’ideologia “individualista” o “garantista” e all’ideologia “maggioritaria” o “populista”. Si tratta, nuovamente, di un’attività complessa, che involge, in sequenza, quattro operazioni. La prima operazione consiste nel *rilevare le ideologie* presenti nella cultura giuridica, o, quantomeno, di quelle che si reputano dotate di maggiore influenza sociale. La seconda operazione consiste nell’*identificare il codice ermeneutico corrispondente a ciascuna ideologia*. Non si può escludere, peraltro, che a un’ideologia possano corrispondere, secondo nessi di strumentalità, una pluralità di codici alternativi. La terza operazione consiste

⁹ Gli interpreti utilizzano di solito insiemi discreti di prescrizioni interpretative, o “codici interpretativi” (P. CHIASSONI, *Tecnica dell’interpretazione giuridica*, cit., cap. 2, § 10; P. CHIASSONI, *Interpretation without Truth. A Realistic Enquiry*, Berlin-New York, Springer, 2019, cap. 2). Un codice interpretativo contiene *regole metodologiche* (relative allo scopo dell’interpretazione nonché alla selezione e all’uso di regole di traduzione o direttive primarie) e *regole di traduzione o direttive primarie* (che sono direttive dotate di efficienza ermeneutica: indicano la risorsa interpretativa in base alla quale una disposizione dev’essere tradotta in norme esplicite; ad esempio, l’uso comune delle parole, l’uso tecnico-giuridico delle parole, l’intenzione linguistica del legislatore storico, lo scopo oggettivo della disposizione, ecc.). Ai fini dell’interpretazione congetturale, tuttavia, è sufficiente tenere conto delle sole regole di traduzione utilizzabili. Ad esempio, assumendo che in una cultura giuridica siano utilizzabili le tre regole di traduzione prima richiamate – interpretazione letterale, interpretazione conforme all’intenzione del legislatore storico, interpretazione suggerita dalle norme costituzionali – l’interpretazione congetturale metodologica della disposizione “I cittadini hanno diritto di riunirsi”, potrebbe rivelarsi traducibile, alternativamente, nelle norme: (N1^{Let}) I cittadini hanno diritto di riunirsi; (N2^{IntLeg}) I residenti hanno diritto di riunirsi; (N3^{PrCost}) Le donne e gli uomini comunque presenti nel territorio della Repubblica hanno diritto di riunirsi.

nell'identificare le *risorse interpretative* necessarie ad applicare le regole di traduzione ideologicamente connotate. La quarta, e ultima, operazione consiste nel *calcolare* le interpretazioni ideologicamente giustificate, e, dunque, nell'identificare la "cornice" dei significati ideologicamente plausibili corrispondenti alla disposizione interpretata.

L'*interpretazione congetturale creativa* consiste, per concludere, nel *congetturare in quali nuovi significati una disposizione potrebbe essere tradotta*, utilizzando un metodo in ipotesi nuovo rispetto alla cultura giuridica del tempo. Involge anch'essa tre operazioni. La prima operazione consiste nell'identificare un *nuovo metodo interpretativo*. Si pensi a un giurista che, in una cultura giuridica votata all'interpretazione letterale-intenzionale della costituzione, si proponga di sperimentare il metodo della c.d. "lettura morale". La seconda operazione consiste nell'identificare le *risorse interpretative* necessarie ad applicare il nuovo metodo. Ad esempio, la particolare dottrina morale alla quale si ritiene che una certa espressione - "libertà personale" - possa fare rinvio. La terza, e ultima, operazione consiste nel *calcolare* il nuovo significato, al di fuori della cornice dei significati possibili oggetti di congetture metodologiche.

5. Vi sono infine, per introdurre un'ultima, quinta distinzione, due tipi d'*interpretazione-attività in senso proprio e in funzione pratica*: l'interpretazione testuale e l'interpretazione metatestuale.

L'*interpretazione testuale* consiste nel determinare il significato giuridicamente corretto di una disposizione, al fine della risoluzione di un problema giuridico ipotetico (giurista) o attuale (giudice). Si tratta, in altri termini, della traduzione di una disposizione in una o più norme esplicite, contestualmente giustificate, e comunque giustificabili, come corrispondenti al significato giuridicamente corretto della disposizione. L'attività d'interpretazione testuale ha carattere non conoscitivo, bensì decisorio. Non di rado, con riferimento a quella compiuta dai giudici, si sostiene che essa sia attività "creativa". Ora, quando si parla di "creatività" con riguardo all'interpretazione testuale giudiziale, ciò può voler dire che essa involge tipicamente una delle seguenti quattro operazioni.

In primo luogo, la "creatività" può consistere nella *selezione* di un significato, a scapito di altri pure possibili alla luce dei metodi e delle ideologie correnti, come *il* (solo) significato giuridicamente corretto di una disposizione, in generale ovvero in relazione a un caso concreto (si pensi al giudice-interprete che intenda una disposizione nel suo significato "garantista", scartando così, tacitamente, il suo significato "populista").

In secondo luogo, la "creatività" può consistere nella *precisazione* o *riparazione* del significato oggettivo (letterale o usuale) di una disposi-

zione, che si sia rivelato indeterminato (vago) in relazione al caso concreto che si tratti di qualificare (qualificazione “creativa” del fatto).

In terzo luogo, la “creatività” può consistere nella *correzione* del significato oggettivo, in sé univoco e determinato, della disposizione applicata, al fine, poniamo, di ricavare dalla disposizione un significato (più) adeguato, o (meglio) conforme, a norme superiori (principi costituzionali, principi fondamentali, principi supremi, ecc.), facendo opera così di interpretazione adeguatrice.

In quarto luogo, la “creatività” può consistere nella *l’ascrizione* alla disposizione interpretata di un *significato nuovo*, sulla base di un nuovo metodo interpretativo.

Quanto ai possibili esiti dell’attività d’interpretazione testuale, questi possono consistere, a titolo esemplificativo:

a. in una *norma esplicita isomorfa* (traduzione per *isomorfia*); in tale caso, ad esempio, l’interpretazione traduce la disposizione “I veicoli non possono entrare nel parco”, nella norma isomorfa: “I veicoli non possono entrare nel parco”;

b. in una *norma esplicita più specifica, o meno generica, della norma isomorfa* (traduzione per *specificazione, concretizzazione, o sostituzione specificativa*); in tale caso, ad esempio, l’interpretazione traduce la disposizione “I veicoli non possono entrare nel parco”, nella norma più specifica rispetto alla norma isomorfa: “I pattini a rotelle non possono entrare nel parco”;

c. in una *pluralità di norme esplicite al posto della singola norma isomorfa* (traduzione per *moltiplicazione o addizione di termine moltiplicativo*); in tale caso, ad esempio, l’interpretazione traduce la disposizione “I cittadini hanno diritto di riunirsi”, non già nella norma isomorfa “I cittadini hanno diritto di riunirsi”, bensì nella norma per cui “Soltanto i cittadini hanno diritto di riunirsi”, la quale consiste nella congiunzione di *due* norme: “I cittadini hanno diritto di riunirsi” e “I non-cittadini non hanno diritto di riunirsi”);

d. in una *norma più astratta* rispetto alla norma isomorfa (traduzione per *astrazione o sostituzione astrattiva*); in tale caso, ad esempio, l’interpretazione traduce la disposizione “Il furto obbliga al risarcimento del danno”, non già nella norma isomorfa “Il furto obbliga al risarcimento del danno”, bensì nella norma (più) astratta: “Ogni atto lesivo della proprietà privata obbliga al risarcimento del danno”;

e. in una norma che, rispetto alla norma isomorfa, è il risultato dell’*addizione di una condizione di applicazione* (traduzione per *restrizione, dissociazione, eccezione o addizione di termine dissociativo*); in tale caso, ad esempio, l’interpretazione traduce la disposizione “L’aiuto al suicidio è punito con la reclusione di anni sei”, non già nella norma isomorfa “L’aiuto al suicidio è punito con la reclusione di anni sei”, bensì nel-

la norma restrittiva: “L’aiuto al suicidio *non terapeutico* è punito con la reclusione di anni sei”;

f. in una norma che, rispetto alla norma isomorfa, è il risultato dell’*elisione di una condizione di applicazione* (traduzione per *elisione* o *sottrazione di termine specificativo*); in tale caso, ad esempio, l’interpretazione traduce la disposizione “L’interruzione volontaria della gravidanza, entro il terzo mese e per motivi terapeutici, non è punibile”, non già nella norma isomorfa “L’interruzione volontaria della gravidanza, entro il terzo mese e per motivi terapeutici, non è punibile”, bensì nella norma: “L’interruzione volontaria della gravidanza *entro il terzo mese non è punibile*”¹⁰.

L’*interpretazione metatestuale*, infine, consiste in un insieme di operazioni eterogenee, tutte comunque di carattere decisorio, che *precedono* o *presuppongono* l’interpretazione testuale. A titolo esemplificativo, sono operazioni d’interpretazione metatestuale:

(1) la determinazione del valore istituzionale di una disposizione o di una norma, stabilendo, ad esempio, trattarsi di una “disposizione di principio”, di una “norma eccezionale”, di un “principio costituzionale supremo”, ecc.;

(2) l’identificazione (“creazione”) di norme implicite, stabilendo che una certa norma (ad es., la norma ascrittiva del diritto a redigere testamenti biologici vincolanti per i medici) debba ritenersi un componente implicito di un certo insieme normativo (ad es., l’insieme dei principi costituzionali in materia di libertà personale);

(3) l’integrazione di lacune, che comporta solitamente l’identificazione di una norma implicita, giustificata mediante ragionamenti di tipo analogico, *a contrario*, *a fortiori*, a partire dai principi generali o fondamentali, a partire dalla natura delle cose, ecc.;

(4) la risoluzione di antinomie, che comporta solitamente l’identificazione di un rapporto gerarchico, di prevalenza, tra le norme in conflitto, sia pure limitatamente al caso individuale o a una particolare classe di casi.

Armati di quest’analisi di “interpretazione” possiamo passare ora al secondo termine del nostro (primo) problema: “bilanciamento”.

§ 2.3. – “Bilanciamento”

Si suole leggere che il “bilanciamento” (termine utilizzato sovente in modo intercambiabile con “ponderazione”) sia “concetto”, “princi-

¹⁰ L’elenco potrebbe essere ulteriormente arricchito. Un inventario in parte diverso dei tipici risultati dell’interpretazione testuale può leggersi in P. CHIASSONI, *Tecnica dell’interpretazione giuridica*, Bologna, il Mulino, 2007, cap. 2, § 14.

pio”, “metodo”, “criterio”, “criterio essenziale per l’applicazione delle disposizioni costituzionali”, “tecnica”, “strumento metodologico”, “(metodo di) ragionamento”, ecc.

Chiaramente, una stessa cosa non può essere, al tempo stesso, tutte queste cose. Ciò suggerisce che “bilanciamento” è parola usata in modi poco sorvegliati, nei quali referenti diversi sono evocati in modo confuso. Per fare chiarezza, occorre nuovamente procedere a un’investigazione concettuale.

L’investigazione concettuale, alla luce degli usi correnti di “bilanciamento”, suggerisce, come vedremo ora, di distinguere quattro nozioni: il bilanciamento come tecnica (*bilanciamento-tecnica*, *bilanciamento-metodo*); il bilanciamento come principio (*bilanciamento-principio*); il bilanciamento come attività (*bilanciamento-attività*); e infine, il bilanciamento come prodotto (*bilanciamento-prodotto*). Vediamo con ordine.

§ 2.3.1. – *Bilanciamento-tecnica*

Il termine “bilanciamento” può essere inteso, anzitutto, come denominazione di una tecnica o metodo giuridico: come denominazione, in particolare, di un modo non casuale, non spontaneo, di risolvere problemi giuridici, il quale consiste nell’utilizzare un *principio di bilanciamento* per porre in essere un’*attività di bilanciamento* che conduce a un *bilanciamento-risultato*.

La nozione di bilanciamento-tecnica è dunque concettualmente parassitaria. Il suo significato dipende dal significato delle altre nozioni: in particolare, da quello della nozione centrale di questo apparato, che è la nozione di bilanciamento-principio.

§ 2.3.2. – *Bilanciamento-principio*

Il termine “bilanciamento” può essere inteso, come dicevo, anche e anzitutto quale denominazione di un “principio”: il *principio di bilanciamento*.

Occorre distinguere, tuttavia, tra non meno di due diversi principi di bilanciamento: il principio di bilanciamento per superamento e il principio di bilanciamento per contemperamento¹¹.

In una formulazione assolutamente generica, il principio di bilanciamento per superamento suona, grosso modo, così:

¹¹ Traggio distinzione e denominazioni dalla dottrina costituzionalistica americana: cfr. T.A. ALEINIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in *The Yale Law Journal*, 96, 5, 1987, 943-1005, dove la distinzione è formulata opponendo l’*overwhelming balancing* allo *striking-a-balance balancing*.

(PBS) Dato un problema giuridico per il quale si possono prospettare soluzioni alternative, la soluzione *che pesa (che vale) di più* deve essere preferita alle (deve prevalere sulle) soluzioni *che pesano (che valgono) meno*.

Chi utilizza il principio di bilanciamento per superamento, al fine di “misurare” il “peso” o il “valore” delle alternative in campo, fa solitamente appello (i) al loro rispettivo peso o valore *intrinseco* (presupponendo così l’esistenza, assai controversa, di pesi e valori *oggettivi*), (ii) al loro rispettivo peso o valore dal punto di vista della *morale sociale* dominante (assumendo vi sia una tale cosa e che meriti osservanza) ovvero della *morale critica* o *morale ideale* che si assume informi il diritto positivo, (iii) al peso o valore delle loro rispettive conseguenze pratiche in termini di *efficienza, incremento della ricchezza complessiva, promozione di forme di vita qualitativamente migliori, etc.*, o ancora, e infine, (iv) al loro rispettivo peso o valore dal punto di vista della *razionalità* della giustificazione della decisione (sul punto ritornerò brevemente *infra*, § 2.3.4).

(PBC) Dato un problema giuridico per il quale si possono prospettare soluzioni alternative, si deve preferire la soluzione *che contempera i diritti, gli interessi, le esigenze concorrenti o in conflitto nel modo migliore possibile*.

Si ritiene comunemente che il principio di bilanciamento per superamento (in termini di *maggior peso* o *maggior valore*) trovi, e debba trovare, applicazione quale criterio direttivo al fine di risolvere dubbi interpretativi, di colmare lacune, o, non ultimo, di risolvere antinomie¹².

Se usato come *criterio d’interpretazione*, il principio di bilanciamento per superamento consiste, più precisamente, in una *direttiva ermeneutica preferenziale*, in un *principio interpretativo di bilanciamento*, secondo cui:

(PBSI) Data una pluralità d’interpretazioni-prodotto alternative di una stessa disposizione, l’interpretazione-prodotto *che pesa (che vale) di più* deve essere preferita alle interpretazioni-prodotto *che pesano (che valgono) meno*.

¹² Analoghe considerazioni valgono per il principio di bilanciamento per contemperamento. Anche di esso è possibile distinguere una variante interpretativa, una variante integrativa, e una variante risolutiva, attinente alla risoluzione di antinomie o conflitti normativi. Alla luce di tali varianti, la prevalenza deve essere assegnata, di volta in volta, all’interpretazione-prodotto, all’integrazione-prodotto, o alla risoluzione-prodotto che meglio contemperi i diritti, i principi, le esigenze concorrenti.

Se usato come *criterio che sovrintende all'integrazione del diritto lacunoso*, il principio di bilanciamento consiste nella direttiva, o *principio integrativo di bilanciamento*, secondo cui:

(PBSIG) Data una pluralità di modi alternativi di colmare una lacuna normativa, l'integrazione-prodotto che pesa (che vale) di più deve essere preferita alle (deve prevalere sulle) integrazioni-prodotto che pesano (che valgono) meno.

Se usato, infine, come *criterio che sovrintende alla risoluzione di antinomie o conflitti normativi*, il principio del bilanciamento consiste nella direttiva, o *principio risolutivo di bilanciamento*, secondo cui:

(PBSA) Date due norme (principi, diritti, interessi) incompatibili (in relazione di conflitto), la norma (il principio, diritto, interesse) che pesa (che vale) di più deve essere preferita alla (deve prevalere sulla) norma (principio, diritto, interesse) che pesa (che vale) di meno.

Occorre registrare un'asimmetria tra il principio di bilanciamento per superamento quale direttiva interpretativa o d'integrazione del diritto lacunoso, da un lato, e il principio di bilanciamento per superamento quale criterio per la risoluzione di antinomie (principio risolutivo di bilanciamento), dall'altro. I primi due sono principi che, probabilmente, stanno sullo sfondo di qualsiasi operazione di selezione interpretativa e d'integrazione di lacune.

Si ritiene per contro che il principio di bilanciamento per superamento, in quanto criterio di risoluzione delle antinomie, abbia *applicazione residuale*: si applichi soltanto laddove non trovino applicazione i c.d. criteri tradizionali di risoluzione di conflitti normativi (*lex superior, lex posterior, lex specialis*). Ciò non toglie che esso trovi applicazione - e si ritiene debba trovare applicazione - in relazione ai conflitti normativi di maggiore rilevanza all'interno di uno stato costituzionale: i conflitti tra principi (e diritti) fondamentali, ai quali, solitamente, i criteri tradizionali non si applicano.

§ 2.3.3. - *Bilanciamento-attività*

È opportuno distinguere due sensi di "bilanciamento-attività".

In un *senso improprio*, il bilanciamento-attività è l'attività intellettuale volta a risolvere antinomie tra principi (diritti, interessi) costituzionali, *quale che sia* il criterio di risoluzione applicato: e dunque, anche qualora non si utilizzi un principio di bilanciamento risolutivo.

In *sensu proprio*, per contro, il bilanciamento-attività è l'attività intellettuale volta a risolvere problemi d'interpretazione, lacune o antinomie, ricorrendo al principio (interpretativo, integrativo o risolutivo) di bilanciamento (per superamento o per contemperamento), sia esso *particularista* (ovverosia, informato all'idea per cui ogni soluzione vale solo ed esclusivamente in relazione al singolo caso individuale che si tratti di decidere), *universalista* (ovverosia, informato all'idea per cui ogni soluzione vale solo ed esclusivamente in relazione alla particolare classe di casi cui appartiene il singolo caso individuale che si tratti di decidere), oppure *categorico* (ovverosia, informato all'idea per cui la soluzione vale per qualunque caso individuale e/o classe di casi).

§ 2.3.4. – *Bilanciamento-prodotto*

I prodotti delle attività di bilanciamento in senso proprio – ovverosia, delle attività che utilizzano un qualche principio di bilanciamento (*supra*, §§ 2.3.2 e 2.3.3) – sono entità linguistiche, discorsi. È utile distinguere tra bilanciamento-prodotto *in sensu stretto* e bilanciamento-prodotto *in sensu lato*.

In *sensu stretto*, il bilanciamento-prodotto coincide con un *enunciato ponderativo*, o *giudizio di bilanciamento in sensu stretto*: ad es., “Tra le diverse, possibili, interpretazioni-prodotto della disposizione D, l'interpretazione I_1 pesa (vale) più delle interpretazioni I_2 e I_3 ”; “Nel conflitto tra il principio P_1 e il principio P_2 , in relazione al caso C_1 , il principio P_1 pesa (vale) più del principio P_2 ”; “Tra le diverse, possibili, interpretazioni-prodotto della disposizione D, l'interpretazione I_1 è quella che contempera nel modo giuridicamente preferibile le esigenze concorrenti riconducibili ai principi (interessi/diritti) P_1 e P_2 ”, ecc.

In *sensu lato*, il *bilanciamento-prodotto* è un discorso articolato in una pluralità di passaggi. Quando attiene, ad esempio, all'applicazione del principio risolutivo di bilanciamento per superamento, esso contiene, a una ricostruzione approssimativa, non meno di sei elementi:

1. la formulazione del *principio risolutivo di bilanciamento*: “Dato un conflitto tra principi, il principio che pesa (che vale) di più deve essere preferito al principio che pesa (che vale) di meno”;

2. la formulazione di un *enunciato ponderativo*: “Nel conflitto tra il principio P_1 e il principio P_2 , in relazione al caso C_1 , il principio P_1 pesa (vale) più del principio P_2 ”;

3. la formulazione di una *conclusione ponderativa*: “Nel conflitto tra il principio P_1 e il principio P_2 , in relazione al caso C_1 , il principio P_1 deve essere preferito al (prevale sul) principio P_2 ”;

4. la formulazione di un'*argomentazione ponderativa*, che costituisce la giustificazione esterna dell'enunciato ponderativo o giudizio di bilan-

ciamento in senso stretto. Una tale giustificazione potrà consistere, ad esempio, nel sostenere che “Il principio P_1 pesa di più (vale di più) del principio P_2 nel caso C_1 ”, perché, alternativamente o congiuntamente:

a. Il principio P_1 è dotato di un valore morale intrinseco superiore (intuizionismo);

b. La prevalenza del principio P_1 produce conseguenze migliori rispetto alla qualità della vita associata (pragmatismo);

c. La prevalenza del principio P_1 produce conseguenze migliori dal punto di vista dell'efficienza economica (liberismo/efficientismo);

d. Il principio P_1 ha un valore maggiore in relazione alla morale sociale (assiologia sociale) ovvero alla morale ideale “recepta” dall'ordinamento giuridico (assiologia giuridica);

e. Il caso C_1 è un caso paradigmatico nel quale le intuizioni morali socialmente condivise individuano in P_1 il principio di maggior peso o valore, o è comunque simile a un caso paradigmatico (specificazionismo);

f. Il maggior peso (valore) del principio P_1 è sostenuto da più forti argomenti razionali (razionalismo);

5. la formulazione di una *regola di ponderazione*: ad es.: “Se, in relazione al caso C_1 , il principio P_1 prevale sul principio P_2 , la conseguenza giuridica per il caso C_1 è OR”;

6. la formulazione, infine, della *regola per il caso*, la quale è la conclusione di un ragionamento le cui premesse sono la regola di ponderazione (5.) e la conclusione ponderativa (3.): (1) “Se, in relazione al caso C_1 , il principio P_1 prevale sul principio P_2 , la conseguenza giuridica per il caso C_1 è OR”; (2) “Nel caso C , il principio P_1 prevale sul principio P_2 ”; (3) “La conseguenza giuridica per il caso C è OR” (“Se C , allora OR”)¹³.

§ 2.4. – Interpretazione e bilanciamento

Siamo ora in grado di configurare, in una maniera un poco più precisa, i rapporti tra interpretazione e bilanciamento.

Si tratta di rapporti complessi. La complessità dà ragione delle oscillazioni che ho rilevato nelle affermazioni di Morrone (*supra*, § 2.1), nonché del fatto che i rapporti tra interpretazione e bilanciamento non tollerano di essere riassunti vuoi in una tesi affermativa (Il bilanciamento è interpretazione), vuoi in una tesi negativa (Il bilanciamento non è interpretazione), se non a prezzo di una semplificazione erronea e foriera di fraintendimenti. Vediamo in breve.

¹³ Nella letteratura contemporanea, la prima e più influente trattazione analitica del (di ciò che qui chiamo) principio risolutivo di bilanciamento per superamento si deve a Robert Alexy (cfr. R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, traduzione ed edizione italiana a cura di L. Di Carlo, Bologna, il Mulino, 2012).

§ A. – *Bilanciamento-attività e interpretazione*

1. Il bilanciamento-attività in senso proprio, che consista nell'utilizzo di un principio di bilanciamento quale direttiva ermeneutica preferenziale (principio interpretativo di bilanciamento per superamento o per contemperamento), può essere parte, ed è sovente parte, dell'attività d'interpretazione testuale. Così inteso, il bilanciamento è, dunque, *operazione interpretativa* in senso stretto: che attiene alla determinazione del significato giuridicamente corretto delle disposizioni.

2. Il bilanciamento-attività in senso proprio, che consista nell'utilizzo di un principio di bilanciamento quale criterio d'integrazione del diritto lacunoso (principio integrativo di bilanciamento per superamento o per contemperamento), oppure quale criterio di risoluzione di antinomie (principio risolutivo di bilanciamento per superamento o per contemperamento), può avere luogo nel corso di operazioni d'interpretazione metatestuale, come, appunto, l'integrazione di lacune e la risoluzione di antinomie. Così inteso, il bilanciamento *non è*, dunque, *operazione interpretativa* in senso stretto: non attiene, infatti, alla determinazione del significato giuridicamente corretto delle disposizioni, bensì al compimento di operazioni diverse, le quali però, di solito, presuppongono l'interpretazione di disposizioni e l'identificazione di norme esplicite. Ciò che prima ho chiamato interpretazione metatestuale e altri chiama, genericamente, di "costruzione giuridica"¹⁴, a sottolinearne la differenza rispetto alle operazioni di interpretazione testuale.

§ B. – *Bilanciamento-principio e interpretazione*

3. Il bilanciamento-principio (per superamento o per contemperamento) può essere, secondo i casi, *interpretazione* o *non-interpretazione*. È *interpretazione* quando funziona da strumento per operazioni d'interpretazione testuale: quando è direttiva ermeneutica preferenziale, o principio interpretativo di bilanciamento. È invece *non-interpretazione* quando funziona da strumento per operazioni d'interpretazione metatestuale, aventi a che fare vuoi con l'integrazione delle lacune (principio integrativo di bilanciamento), vuoi con la risoluzione delle antinomie (principio risolutivo di bilanciamento).

§ C – *Bilanciamento-prodotto (in senso stretto) e interpretazione*

4. Il bilanciamento-prodotto in senso stretto (enunciato ponderativo), infine, può essere formulato nell'ambito vuoi di operazioni d'in-

¹⁴ Cfr. p.e. R. GUASTINI, *Saggi scettici sull'interpretazione*, Torino, Giappichelli, 2017, 80-83, 140-151, 153-154.


interpretazione testuale (“L’interpretazione-prodotto I_1 della disposizione D pesa di più dell’interpretazione-prodotto I_2 ”), vuoi di operazioni d’interpretazione metatestuale (“L’integrazione-prodotto N_1 pesa di più dell’integrazione-prodotto N_2 ”). Nel primo caso, il bilanciamento-prodotto è discorso interpretativo; nel secondo caso, il bilanciamento-prodotto *non* è discorso interpretativo in senso stretto, bensì discorso interpretativo in senso lato, d’interpretazione metatestuale, di “costruzione giuridica”.

Con ciò, è possibile passare al secondo problema che mi sono proposto di affrontare. Si tratta, come si ricorderà, del problema delle condizioni di razionalità del controllo giurisdizionale sul bilanciamento legislativo (meta-bilanciamento giudiziale).

§ 3. – *Secondo problema: se il bilanciamento sia, o possa essere, razionale*

Il secondo problema, il problema delle condizioni di razionalità del bilanciamento, può essere formulato così: Quali condizioni deve soddisfare – nel “qui e ora” della nostra cultura costituzionale – il meta-bilanciamento giudiziale, per essere razionalmente giustificato?

Nella già citata voce *Bilanciamento*, Andrea Morrone si occupa del problema della giustificazione razionale del bilanciamento trattando delle “tecniche del giudizio di bilanciamento”¹⁵.

Con riguardo alla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, Morrone riferisce che tali “tecniche” consisterebbero, più precisamente, nel valutare la legittimità o illegittimità di una norma legislativa che tutela un diritto (o un bene) di rango costituzionale a scapito di un altro diritto (o bene) di pari rango, servendosi di tre “test” (criteri di valutazione): il “test di necessità”, il “test di sufficienza”, e,  l’ultimo per importanza, il “test di proporzionalità”.

Con il *test di necessità*, l’interprete deve stabilire se la norma di legge, che interferisce negativamente su di un certo diritto (o bene) di rango costituzionale, sia *necessaria* al fine di tutelare un diverso diritto (o bene) parimenti di rango costituzionale. «La scelta di limitare o postergare un diritto o un interesse costituzionale – scrive Morrone – deve giustificarsi per la necessità di dare attuazione a un altro diritto o interesse di pari rango»¹⁶.

¹⁵ A. MORRONE, *Bilanciamento*, cit., 16-18.

¹⁶ *Ivi*, 17. Quale esempio di utilizzo del test di necessità, Morrone adduce la sentenza della Corte costituzionale n. 219 del 1994, relativa alla rinnovazione di misure cautelari personali con contraddittorio differito.

Con il *test di sufficienza*, l'interprete deve stabilire se la misura legislativa, che interferisce negativamente su di un certo diritto (o bene) di rango costituzionale, sia tale da assicurare a quest'ultimo una garanzia comunque *non insufficiente*. Nelle parole di Morrone: «deve essere dimostrato, cioè, che *nel privilegiare un interesse o un diritto* la disciplina positiva pur sempre *soddisfi in maniera non insufficiente* le esigenze di garanzia dell'interesse o del diritto limitato o ristretto, "valutando l'interazione reciproca tra l'accrescimento di tutela dell'uno e la corrispondente diminuzione di garanzia dell'altro, come disposti dal legislatore in vista della composizione dell'eventuale contrasto"»¹⁷.

Con il *test di proporzionalità*, infine, l'interprete deve stabilire se «i limiti o la compressione di un diritto» (o di un bene) di rango costituzionale, imposti da una norma di legge, siano «"proporzionati" ovvero *non eccessivi* in relazione alla misura del sacrificio costituzionalmente ammissibile»: la quale misura, si badi, «in ogni caso, non può mai essere tale da *annullarne il contenuto essenziale*»¹⁸.

Non vi è dubbio che i tre criteri di valutazione adottati dalla Corte costituzionale siano criteri di giustificazione razionale. Servono, senza dubbio, ad assicurare, in sede di meta-bilanciamento, che il giudizio sul bilanciamento legislativo non sia arbitrario o fondato su considerazioni ineffabili, ma sia, per quanto possibile, fondato su ragioni controllabili e condivisibili, perché dipendenti da principi (necessità, sufficienza, proporzionalità) che qualunque agente razionale dovrebbe ritenere rilevanti.

La razionalità richiede, tuttavia, che i criteri di giustificazione razionale del meta-bilanciamento giudiziale (e, indirettamente, del bilanciamento legislativo su cui verte) siano (ri)costruiti in modo tale da rappresentare criteri chiari e distinti di valutazione delle misure legislative.

Ora, a uno sguardo superficiale, non sembra che tali requisiti siano soddisfatti dall'attenta ricostruzione offertane da Morrone.

Nella presentazione del "test di necessità", si confondono e sovrappongono, apparentemente, *tre* diverse condizioni di razionalità del meta-bilanciamento.

La *prima condizione* richiede che la norma legislativa sacrifichi un diritto (o bene) di rango costituzionale al fine di tutelare un altro diritto (o bene) di rango parimenti costituzionale. Sarebbe invero illegittimo sacrificare un diritto (o bene) di rango costituzionale per promuovere

¹⁷ *Ibidem*. Quale esempio di utilizzo del test di sufficienza, Morrone adduce la sentenza della Corte costituzionale n. 342 del 1999, relativa ai limiti dell'assistenza dell'interprete al muto o sordomuto nel processo penale.

¹⁸ *Ivi*, 18. Quale esempio di utilizzo del test di proporzionalità, Morrone adduce la sentenza della Corte costituzionale n. 27 del 1975, relativa al reato di aborto di donna consenziente.

un diritto (o bene) di rango inferiore. Chiamerò questa prima condizione, *condizione di legittimità del fine perseguito*.

La *seconda condizione* richiede che la norma legislativa adottata per tutelare un diritto (o bene) di rango costituzionale a scapito di un altro diritto (o bene) di rango costituzionale sia la più efficace sotto il profilo della razionalità strumentale. Chiamerò questa condizione, *condizione di superiore efficacia strumentale* della misura adottata.

La *terza condizione* richiede, infine, che la norma legislativa adottata per tutelare un diritto (o bene) di rango costituzionale a scapito di un altro diritto (o bene) di rango costituzionale sia la più efficiente dal punto di vista delle limitazioni giuridiche imposte¹⁹. Chiamerò questa condizione, *condizione di superiore efficienza giuridica* della misura adottata.

Che si tratti di tre condizioni distinte appare chiaro non appena si consideri quali accertamenti esse, rispettivamente, richiedono.


Per stabilire se la prima condizione – la condizione di *legittimità del fine perseguito* – sia soddisfatta, occorre stabilire se il diritto (o bene) ~~sacrificato in nome di~~ un certo diritto (o bene) di rango costituzionale sia anch'esso di rango costituzionale. L'accertamento comporta un'operazione d'interpretazione metatestuale: richiede, più precisamente, di procedere alla determinazione del valore istituzionale del diritto (o bene) ~~sacrificato~~ alla norma legislativa in esame (cfr. *supra*, § 2.2).

Per stabilire se la seconda condizione – la condizione di *superiore efficacia strumentale* – sia soddisfatta, occorre stabilire se la norma legislativa prescriva comportamenti o costituisca stati di cose che possono ritenersi *mezzi o strumenti causalmente necessari* a tutelare il diritto (o bene) di rango costituzionale in questione. Di modo che, se non si adottano *quei mezzi*, non si realizza il fine di garanzia perseguito, nella misura ritenuta assiologicamente adeguata. L'accertamento del soddisfacimento di questa seconda condizione comporta due operazioni. In primo luogo, occorre *identificare le probabili conseguenze pratiche* derivanti dal vigore della norma legislativa. In secondo luogo, occorre *valutare*, alla luce di queste ultime, se essa *serva effettivamente e maggiormente allo scopo*: se vi sia bisogno di essa, e non, poniamo, di un'altra e diversa misura, per tutelare in modo assiologicamente adeguato un certo diritto (o bene) di rango costituzionale.

Per stabilire infine se la terza condizione – la condizione di *superiore efficienza giuridica* – sia soddisfatta, occorre stabilire se la misura legislativa adottata, prescrivendo certi comportamenti o costituen-

¹⁹ Definisco il criterio di superiore efficienza giuridica in termini di costi giuridici. Naturalmente, nulla impedisce di adottare un criterio che tenga conto anche dei costi sociali ed economici di una misura legislativa. Peraltro, le limitazioni dei diritti individuali hanno tipicamente dei costi sociali e in molti casi anche economici (si pensi alla limitazione del "diritto allo studio" in nome del bene costituzionale dell'equilibrio di bilancio, ammettendo, *horribile auditu*, che il primo sia bilanciabile con il secondo).

do certi stati di cose, imponga limitazioni giuridiche (“lesioni”) della *minore possibile entità* (il “*minor sacrificio possibile*”). L’accertamento comporta due operazioni. In primo luogo, occorre *identificare l’entità*, la *probabile entità*, della limitazione (o “lesione”) imposta a un diritto (o bene) costituzionale. In secondo luogo, occorre valutare se tale entità sia la *minore possibile*: occorre stabilire, in particolare, se non fosse possibile realizzare la tutela del diritto prevalente, nella misura ritenuta assiologicamente adeguata, imponendo però al diritto soccombente una limitazione ancora minore rispetto a quella imposta, misurando tali limitazioni, ad esempio, sulla base dei comportamenti vietati e/o delle sanzioni previste.

Queste considerazioni suggeriscono una prima conclusione. Una (ri)costruzione adeguata (chiara e distinta) dei criteri attualmente in uso nella prassi decisionale della Corte costituzionale  concernenti la giustificazione razionale del giudizio di bilanciamento, richiede di sostituire al “test” o criterio “di necessità” *tre criteri distinti*: il criterio di legittimità del fine perseguito, il criterio di superiore efficacia strumentale della misura legislativa adottata, nonché, non ultimo, il criterio di superiore efficienza giuridica della misura legislativa adottata.

Le presentazioni dei criteri di “sufficienza” e di “proporzionalità” appaiono parimenti difettose. In questo caso, però, il difetto sembra consistere nel tracciare una distinzione non necessaria e (dunque) artificiosa.

Il *criterio di sufficienza* impone, come si è visto, che il diritto la cui tutela venga limitata o ridotta da una misura legislativa non sia comunque privato di una garanzia “sufficiente”. Occorre, in altre parole, che il legislatore assicuri pur sempre un livello di protezione adeguato (“non insufficiente”) al diritto (o bene) soccombente. Se ciò accade, respingere la questione di costituzionalità attinente alla misura legislativa rappresenta la soluzione che pesa e vale di più.

Il *criterio di proporzionalità* impone che il diritto la cui tutela venga limitata o ridotta da una misura legislativa non sia comunque sottoposto a un “sacrificio” di entità tale, da “annullarne il contenuto essenziale”. Se ciò accade, respingere la questione di costituzionalità attinente alla misura legislativa rappresenta, nuovamente, la soluzione che pesa e vale di più.

Ora, nonostante le formule verbali utilizzate sembrano suggerire il contrario, non pare che i due criteri identifichino requisiti davvero distinti. In entrambi i casi, si esige che la compressione del diritto (o bene) soccombente non sia eccessiva o sproporzionata: si esige che la compressione non arrivi al punto di lasciare il diritto (o bene) soccombente *senza* protezione sufficiente, il che vuol dire “annullandone il contenuto essenziale”.

Queste considerazioni suggeriscono una seconda conclusione. Una (ri)costruzione adeguata (in termini chiari e distinti) dei criteri attualmente in uso nella prassi decisionale della Corte costituzionale concernenti la giustificazione razionale del meta-bilanciamento, richiede di sostituire ai due “test” di “sufficienza” e di “proporzionalità” un unico test o criterio di “sufficienza-proporzionalità”, secondo cui la limitazione di un diritto (o bene) costituzionale è illegittima quando comprime il diritto in modo tale da privarlo della protezione (minima) sufficiente, incidendo così sul suo contenuto essenziale. Si tratta peraltro, come è agevole avvertire, di un criterio che lascia amplissimi margini di manovra alle valutazioni giudiziali e alle costruzioni dottrinali, la cui applicazione appare pertanto eminentemente discrezionale.

Nell’insieme, pertanto, se ci s’interroga sulle condizioni di razionalità del meta-bilanciamento giudiziale (e, indirettamente, del bilanciamento legislativo su cui il primo verte) nella prassi decisionale della Corte costituzionale, sembra di poter concludere che esse siano non già tre, bensì quattro. Un giudizio di meta-bilanciamento pronunciato dalla Corte in sede di valutazione di un bilanciamento legislativo – sia che affermi la legittimità costituzionale del bilanciamento legislativo, sia che la neghi – è razionale, se, e solo se, la Corte, nel pronunziarlo, ha valutato la norma legislativa in questione tenendo conto di quattro criteri:

1. il criterio di *legittimità del fine perseguito* (È illegittimo tutelare un diritto (o bene) non di rango costituzionale a scapito di un diritto (o bene) di rango costituzionale);
2. il criterio di *superiore efficacia strumentale* (La misura legislativa adottata per tutelare un diritto (o bene) di rango costituzionale deve essere la più efficace da un punto di vista strumentale tra quelle disponibili, rispetto al livello di tutela ritenuto assiologicamente più adeguato);
3. il criterio di *superiore efficienza giuridica* (La misura legislativa adottata in vista di un fine legittimo deve comportare la minima limitazione giuridica possibile del diritto (bene) soccombente);
4. il criterio di *sufficienza-proporzionalità* (La minima limitazione giuridica possibile del diritto (bene) soccombente non deve in alcun caso essere tale da privare il diritto (bene) soccombente della minima garanzia sufficiente, incidendo sul suo contenuto minimo essenziale).

Se tuttavia guardiamo ai quattro criteri ora posti in luce da un punto di vista esterno, in particolare, tenendo conto della teoria del bilanciamento elaborata da Robert Alexy a partire dalla seconda metà degli anni ottanta del secolo XX, essi appaiono, nel complesso, lacunosi, e, a causa della lacuna che li affligge, irrazionali.

I quattro criteri, come si è visto, giustificano l’imposizione di *qualsunque* limitazione, di *qualsunque* costo, al diritto (o bene) costituzionale

soccombente, purché esso (a) sia il *costo minimo possibile*, dal punto di vista della tutela assiologicamente ottimale del diritto (o bene) prevalente, e (b) *non* sia tale da *violare il criterio di sufficienza-proporzionalità*.

Ora, occorre osservare, un meta-bilanciamento condotto sulla base dei quattro criteri appena richiamati risulta lacunoso. Non utilizza un ulteriore criterio di valutazione che, dal punto di vista della razionalità, dovrebbe invece utilizzare. Alludo al criterio (che chiamerò) della *comparazione costi-benefici*. Secondo questo criterio, fermo restando quanto prescritto dagli altri quattro criteri, occorre altresì valutare se i benefici derivanti dalla limitazione di un diritto siano superiori ai costi. Una limitazione – pur nei limiti del criterio di efficienza giuridica e di sufficienza-proporzionalità – che appaia di entità maggiore rispetto ai benefici prodotti in termini di maggior tutela del diritto (o bene) prevalente dovrebbe ritenersi, comunque, illegittima.

In conclusione, l'investigazione concettuale sulla struttura del bilanciamento nella prassi decisionale della Corte costituzionale, suggerisce:

in primo luogo, che i criteri di razionalità adottati siano non già tre, bensì quattro, e siano, a ben vedere, diversi da come si è soliti presentarli in dottrina;

in secondo luogo, che tali criteri dovrebbero essere integrati quantomeno da un ulteriore criterio di razionalità, il criterio della comparazione costi-benefici.

§ 4. – Terzo problema: se il bilanciamento sia dispensabile

Nell'applicare la costituzione di uno stato costituzionale, è possibile fare a meno del bilanciamento? È possibile, in altre parole, adottare modi di risolvere i conflitti tra diritti costituzionali, che siano diversi dal bilanciamento?

Secondo alcuni studiosi (Luigi Ferrajoli²⁰, Alexander T. Aleinikoff²¹), fare a meno del bilanciamento sarebbe non soltanto possibile, ma altresì doveroso. Ciò in vista di fini costituzionalmente meritevoli, quali:

- a. assicurare la piena normatività dei diritti costituzionali, la loro piena validità ed efficacia nell'ordinamento giuridico;
- b. salvare la sovra-ordinazione della costituzione rispetto alla legge – il bilanciamento induce a sopravvalutare il peso degli interessi

²⁰ Cfr. p.e. L. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, Laterza, 2016, cap. VII; IDEM, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione Giustizia*, 4/2016, 13-32; IDEM, *La democrazia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2016, cap. 7; IDEM, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, Mucchi, 2018.

²¹ A.T. ALEINIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, cit., 943-1005.

momentanei della maggioranza politica che controlla il governo e il parlamento, rispetto ai diritti costituzionalmente garantiti degli individui;

c. salvare la “scienza del diritto costituzionale” dal divenire commentatrice della giurisprudenza, e, a sua volta, bilanciatrice di “interessi” sempre precari, flessibili, rivedibili.

Costoro oppongono alla “cultura del bilanciamento” una cultura senza bilanciamento, aderendo a una concezione dei diritti costituzionali che li presenta come diritti fondati su regole, o su principi che funzionano come regole, con condizioni di applicazione relativamente determinate e certe.

Ferrajoli, ad esempio, ritiene che il bilanciamento possa essere evitato, qualora si proceda: da un lato, a identificare gerarchie fisse tra diritti costituzionali di rango diverso (i diritti di libertà e i diritti sociali prevalgono sempre sui diritti economici e di autonomia privata, nonché sulle esigenze collettive); dall’altro, a comporre in via preventiva i conflitti tra diritti fondamentali di pari rango, mediante l’opportuna specificazione delle loro rispettive condizioni di applicazione (c.d. *strategia specificazionista*).

In una cultura senza bilanciamento, le norme di legge che interferiscono con diritti costituzionali, promuovendo, poniamo, la tutela dell’uno a scapito della tutela dell’altro, non devono essere valutate esaminando se il bilanciamento legislativo sia stato corretto (razionale); devono essere valutate, invece, sotto il profilo del rispetto della gerarchia (fissa) tra i diritti coinvolti e il rispetto dei loro limiti concettuali.

Ciò che m’interessa esaminare in questa terza, e ultima, parte del presente scritto è la possibilità tecnica di evitare il bilanciamento. Ora, a questo problema si può dare una soluzione positiva: il bilanciamento può essere evitato, almeno in certi casi. A sostegno di questa conclusione condurrò un esperimento metodologico. Dato un problema giuridico la cui soluzione richiede di risolvere un conflitto tra principi costituzionali, metterò in luce come tale risoluzione possa essere il risultato, alternativamente, del bilanciamento dei due principi, oppure dell’adozione di una strategia interpretativa e specificazionista.

Il problema giuridico è il seguente: nel 1978, Tizio, membro di un’associazione terroristica, assalta una stazione di polizia cagionando la morte di dieci agenti. Per tale eccidio, nel 1980, Tizio è condannato in via definitiva a trent’anni di reclusione. Nell’autunno del 2009, a circa tre mesi dalla scarcerazione, Tizio apprende che il canale televisivo C3 intende trasmettere, in occasione delle feste natalizie, un documentario sul grave fatto di sangue. Ricorre allora all’autorità giudiziaria, chiedendo l’inibizione della messa in onda del documentario, per violazione del suo diritto costituzionale al reinserimento nella vita sociale. Il canale C3 si costituisce, eccedendo l’esercizio del diritto costituzio-

nale alla libertà di espressione. La soluzione del problema – il permesso o il divieto della messa in onda del documentario – dipende dalla risoluzione del conflitto tra il diritto costituzionale al reinserimento nella vita sociale e il diritto costituzionale alla libertà di espressione²². Tale conflitto può essere risolto in due modi: mediante bilanciamento, oppure adottando una strategia specificazionista.

La via del bilanciamento. Il giudice G, competente a decidere la controversia, conosce e apprezza la teoria del bilanciamento di Robert Alexy. Decide così di procedere alla ponderazione dei due diritti in conflitto, utilizzando la “Formula del peso” in una versione semplificata che gli appare adeguata rispetto ai dati in suo possesso. A tale fine, G considera quattro variabili:

a. il *valore istituzionale astratto* del principio P_1 , ascrittivo del diritto al reinserimento nella vita sociale (VA^{P1});

b. il *valore istituzionale astratto* del principio P_2 , ascrittivo del diritto alla libertà di espressione (VA^{P2});

c. il *costo giuridico*, per il principio P_1 , della prevalenza del principio P_2 nel caso concreto C (Tizio c. C3), vale a dire: il costo giuridico, rispetto al diritto al reinserimento nella vita sociale di Tizio, del permettere la messa in onda del documentario prodotto dal canale C3 ($CG^{P2>P1}$);

d. il *costo giuridico*, per il principio P_2 , della prevalenza del principio P_1 nel caso concreto C (Tizio c. C3), vale a dire: il costo giuridico, rispetto al diritto alla libertà di espressione del canale C3, del vietare la messa in onda del documentario ($CG^{P1>P2}$).

Tali variabili sono rilevanti al fine di determinare il *valore comparato* di P_1 e P_2 in relazione al caso concreto C ($VC^{P1/P2/C}$). Il modo di rappresentare la struttura del bilanciamento è, come dicevo, la “Formula del peso”. Formula che il giudice G, prendendo spunto da, ma non seguendo pedissequamente, la formula di Alexy, disegna così:

$$VC^{P1/P2/C} = VA^{P1} \cdot CG^{P2>P1} / VA^{P2} \cdot CG^{P1>P2} = x$$

Dopo aver stabilito che i principi P_1 e P_2 hanno lo stesso, elevato, valore istituzionale astratto ($VA^{P1} = VA^{P2} = 4$), il giudice G stima il costo giuridico della prevalenza di P_2 su P_1 ($CG^{P2>P1}$) come grave (assegnandogli, poniamo, un valore 4), e il costo giuridico della prevalenza di P_1 su P_2 ($CG^{P1>P2}$) come medio (assegnandogli, poniamo, un valore 2). Sostituendo gli indici numerici nella formula, il giudice G ottiene:

$$VC^{P1/P2/C} = 4 \cdot 4 / 4 \cdot 2 = 16 / 8 = 2$$

²² Il problema è esemplato sul “Caso Lebach” (cfr. R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit.).

Dimodoché, in relazione al caso C (Tizio c. C3), il principio che in concreto pesa (vale) di più risulta essere P_1 (il principio ascrivito del diritto reinserimento) ($x > 1$), e la regola corrispondente è il divieto di messa in onda del documentario.

La via dello specificazionismo. Supponiamo ora che il giudice G sia un profondo conoscitore e un convinto sostenitore delle idee di Ferrajoli. In questo caso G, al fine di risolvere il conflitto tra i principi P_1 e P_2 , adotterà una strategia specificazionista.

Procederà, ad esempio, stabilendo che:

1. L'azienda televisiva C3 ha diritto alla messa in onda del documentario, se, e solo se, (a) il documentario *è* racconta i fatti fedelmente (veridicità), (b) il documentario non contiene espressioni lesive dell'onore di Tizio, responsabile dell'eccidio (continenza), (c) vi è un rilevante e attuale interesse pubblico alla fruizione del documentario (interesse pubblico).

2. Il diritto al reinserimento nella vita sociale di Tizio deve ritenersi violato, se, e solo se, uno o più di tali requisiti non risulti soddisfatto. In caso contrario, Tizio deve sopportare la messa in onda del documentario, perché non lesiva del suo diritto.

La questione diventa, così, una questione d'interpretazione; e più precisamente, una questione di qualificazione dei fatti secondo parametri normativi "dati". Se, poniamo, la messa in onda del documentario non risponde a un rilevante e attuale interesse pubblico, allora il canale C3 non ha diritto di trasmetterlo e Tizio ha diritto a una pronuncia inibitoria.

L'esperimento metodologico mette in luce, come dicevo, che del bilanciamento si può fare a meno: se non sempre, almeno in molti casi. Suggestisce inoltre alcune considerazioni, con le quali vado a concludere.

1. Bilanciamento e approccio interpretativo (specificazionista) sono metodologicamente equipollenti. Si può giustificare una stessa soluzione per uno stesso conflitto normativo, *sia* attraverso un ragionamento che involge il ricorso esplicito al bilanciamento (e segnatamente: al principio risolutivo di bilanciamento per superamento), utilizzando, ad esempio, la "Formula del peso" di Alexy o formule analoghe; *sia*, e alternativamente, attraverso un ragionamento nel quale non si fa alcun cenno al bilanciamento, ma si procede a una ricostruzione interpretativa del contenuto dei principi incompatibili²³.

²³ Questa conclusione emerge con chiarezza da un recente dibattito tra un sostenitore del bilanciamento (Manuel Atienza) e un sostenitore di un approccio "interpretativo" (Juan Antonio García Amado): cfr. M. ATIENZA, J.A. GARCÍA AMADO, *Un debate sobre ponderación*, Lima, Palestra, 2016.

2. Sia che bilanci, sia che proceda mediante interpretazione e specificazione, il giudice esercita discrezionalità: vuoi nello stabilire il peso delle variabili, qualora adotti la via del bilanciamento, vuoi nello stabilire le condizioni di applicazione dei principi e nel qualificare i fatti, qualora adotti la via dello specificazionismo.

3. Non si può escludere che, da un punto di vista psicologico, un ragionamento giuridico di tipo specificazionista celi considerazioni informate al principio risolutivo di bilanciamento.

4. Data l'equipollenza rispetto ai risultati, la differenza tra la via del bilanciamento e la via dello specificazionismo sembra essere una differenza che si situa sul piano, retorico, dello "stile argomentativo".

5. Se le cose stanno così, le ragioni per scegliere una via piuttosto che l'altra sembrano avere a che fare con considerazioni di carattere non metodologico. Per i fautori del bilanciamento, il bilanciamento è assoggettabile a controlli razionali che invece appaiono illusori rispetto a un approccio interpretativo e specificazionista. Per i fautori dello specificazionismo, il bilanciamento evoca l'idea di diritti (tendenzialmente) flessibili, laddove l'interpretazione evoca l'idea di diritti (tendenzialmente) certi e stabili. La scelta sembra dipendere, dunque, da considerazioni d'ordine squisitamente ideologico.

Abstract

The paper purports to provide a tentative analysis of three problems in the theory of balancing. The first problem is about whether balancing is, or is not, interpretation. After analysing the two key terms ("interpretation" and "balancing") of the problem, and laying down an articulated terminological and conceptual apparatus, the paper suggests a nuanced answer to be required. The second problem concerns the rationality of judicial control over legislative balancing (judicial meta-balancing). The paper suggests that the criteria endorsed in the present Italian practice of constitutional adjudication make an incomplete set of poorly defined items, and offers some hints on how to improve them. The third, and last problem, asks whether balancing can be avoided at all in constitutional adjudication. The paper comes to a positive answer, suggesting the choice between balancing and an interpretive, specificationist approach to depend, ultimately, on ideological allegiance.

