

ANNALI DELL'UNIVERSITÀ DI FERRARA
Sezione V Scienze Giuridiche

Comitato di Redazione

G. G. BALANDI - G. CAVALLARO - A. D. MANFREDINI - W. FORMIGONI CANDINI

Gli annali dell'Università di Ferrara, Sezione V Scienze Giuridiche, vengono inviati in cambio di riviste scientifiche italiane e straniere: tali riviste vengono cedute alla Biblioteca della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara.

I lavori da pubblicare (in duplice copia) ed ogni comunicazione relativa alla stampa o al cambio degli Annali devono essere inviati a:

Redazione degli Annali, Sezione V, Dipartimento di Scienze Giuridiche,
via Ercole I d'Este, 37 - 44100 Ferrara.

I Lavori devono essere dattiloscritti e devono contenere due brevi sunti (circa dieci righe), uno in italiano e l'altro in inglese.

Gli autori sono invitati a trattenere presso di sé una copia del dattiloscritto inviato per la pubblicazione, che non verrà, in ogni caso, restituito.

Tutti i diritti riservati. Nessuna parte del libro può essere riprodotta o diffusa con un mezzo qualsiasi, fotocopie, microfilm o altro, senza il permesso scritto dell'Università.

ISBN 88 85240 399

INDICE

ALESSANDRO BERNARDI: <i>Diritto europeo dell'ambiente e pluralismo culturale</i>	pag.	1
LUCETTA DESANTI: <i>Più iniuriae da un'ingiuria</i>	pag.	15
SILVIA SCHIAVO: <i>Esecuzione personale dei debitori e carcerazione privata nelle costituzioni imperiali di età postclassica e giustiniana</i>	pag.	55
GIOVANNI TUZET: <i>Sul possibile moto della macchina</i>	pag.	107
ENRICO MAESTRI: <i>Vita contro libertà. Scelte tragiche e autonomia personale nel pensiero bioetico di Ronald Dworkin</i>	pag.	127
DANIELE RUGGIU: <i>La teoria discorsiva dei diritti di Robert Alexy</i>	pag.	165
IVAN POZZONI: <i>Libertà e diritto penale nella riflessione del pragmatismo analitico italiano</i>	pag.	189
Notiziario	pag.	215

DANIELE RUGGIU

LA TEORIA DISCORSIVA DEI DIRITTI DI ROBERT ALEXY

- La questione di razionalità in relazione ai diritti -

1. Premessa.

Nel panorama delle elaborazioni giusfilosofiche contemporanee la "teoria discorsiva" di Alexy è forse quella che maggiormente ha posto la questione di razionalità nel campo dei diritti, cioè, del nesso cruciale che esiste tra razionalità e diritti, siano essi diritti fondamentali o diritti umani. Al cuore del diritto moderno sta, infatti, il problema della razionalità dell'applicazione del diritto. Questo problema si accentua, invece che attenuarsi, con la comparsa dei diritti, così strutturalmente atipici da rischiare di compromettere ogni pretesa di correttezza. Per questo la soluzione della questione della razionalità appare cruciale nel campo dei diritti. La "teoria del discorso" intende, appunto, formulare un diverso modello di razionalità al fine di fondare in modo saldo e sicuro una teoria dei diritti; e questo modello, al fine di garantirne maggiore rigore, dovrà essere sostanzialmente svincolato dalla storia, dalla pratica in cui i diritti si affermano e si evolvono. Solo attraverso il ricorso ad un insieme di regole razionali sarà allora possibile costituire all'interno del diritto un'idea di correttezza e, quindi, estenderla anche al campo dei diritti. Come questo sia possibile e con quali esiti è lo scopo di questo articolo.

2. Razionalità e applicazione del diritto.

In generale, l'entrata in crisi del modello di sussunzione logica a partire da premesse maggiori astrattamente formulate ha reso sempre più impellente la necessità di ridefinire i nostri parametri di razionalità. Il modello del sillogismo giudiziale non poteva che entrare in crisi non appena ci si è accorti che la vaghezza del linguaggio giuridico, la possibilità di conflitti tra norme, l'esistenza di lacune, la possibilità di decidere un caso particolare anche in senso

antitetico al dettato di una norma, impedivano di vedere la conclusione decisionale come una derivazione logica dalla premessa maggiore e da quella minore. Questo ha reso sempre più evidente l'aprirsi di singoli momenti valutativi nel ragionamento dei giudici⁽¹⁾. A ciò bisogna aggiungere una situazione di confusione metodologica dove non vi è accordo tra i giuristi sui metodi da applicarsi, né soprattutto sulla loro gerarchia. «Quando la decisione di un caso concreto non consegue logicamente da norme che devono essere presupposte (...) e neppure può essere motivata in modo rigoroso servendosi delle regole predisposte dalla dottrina del metodo giuridico, allora a colui che decide rimane uno spazio di azione all'interno del quale egli deve scegliere tra più soluzioni»⁽²⁾. L'esistenza di momenti di valutazione nel processo decisionale del giudice appare, dunque, una scelta pressoché obbligata. Ma questa conclusione, più che risolvere, non fa che segnalare il problema, cioè la questione ineludibile di quali siano i limiti di razionalità a cui deve essere sottoposto l'interprete, se si vuole evitare di concepire questi momenti valutativi come discrezionalità pura. Questo fatto non può non avere alla fine conseguenze dirette anche sull'applicazione dei principi su cui si incardinano le nostre costituzioni democratiche. Proprio i caratteri strutturali delle norme costituzionali che esprimono i diritti fondamentali, contrassegnate tanto da maggiore debolezza del dettato, quanto da una maggiore indeterminatezza, vengono ad amplificare i rischi di discrezionalità che già caratterizzano tutte le altre norme nel loro momento applicativo. La loro formulazione vaga e spesso ricca di termini valutativi che hanno più a che fare con l'espressione di valori che con la puntigliosa descrizione di fattispecie normative sembra amplificare enormemente le possibilità di valutazioni arbitrarie del tutto sganciate da criteri di razionalità rigorosi. Da questo punto di vista, è in ballo la stessa considerazione del processo di bilanciamento dei principi quale processo razionale *tout court*, cioè del metodo salito alla ribalta nelle corti costituzionali.

3. Razionalità e diritti.

Come già Dworkin aveva notato, nei nostri ordinamenti bisogna distinguere due tipi di norme: «quelle norme che costituiscono e organizzano la funzione legislativa, esecutiva e giurisdizionale»⁽³⁾, cioè l'intera articolazio-

⁽¹⁾ R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie juristischen Begründung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1978; trad. it. e cura di M. La Torre, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 7 ss.

⁽²⁾ Ivi, p. 9.

⁽³⁾ R. ALEXY, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, trad. it. di D. Canale, in "Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica", 7, 2002, p. 131.

ne dello stato, e le «norme che limitano e guidano i poteri dello Stato»⁽⁴⁾ tra le quali bisogna annoverare, appunto, i diritti fondamentali. Con l'avvento degli stati democratici questa dicotomia di figure normative sembra aver assunto ormai carattere universale. In realtà, vi sono almeno due modi per considerare i diritti fondamentali: o li si concepisce «in senso stretto e tassativo», cioè come regole, o li si concepisce «in senso largo e comprensivo»⁽⁵⁾, cioè come principi. In base alla concezione stretta e tassativa, i diritti fondamentali non si differenziano sostanzialmente dalle altre norme del sistema giuridico, per quanto il rango costituzionale li collochi su un piano nettamente differente. I loro contenuti, inoltre, sono costituiti da diritti di importanza fondamentale (di qui anche il loro rango costituzionale) e formulati in modo particolarmente astratto. Ma da questi fatti non si fa discendere alcuna conseguenza strutturale. Si tratta pur sempre della stessa tipologia normativa. Da questo punto di vista, non sussiste tra diritti fondamentali e le altre regole alcuna differenza applicativa. Il metodo è lo stesso: la sussunzione.

In base alla concezione comprensiva e olistica, «le norme in cui trovano formulazione i diritti fondamentali non si limitano a difendere determinate posizioni soggettive dei cittadini nei confronti dello Stato»⁽⁶⁾. I diritti fondamentali, infatti, incorporano valori da cui mutuano la struttura e questa analogia strutturale tra principi e valori si manifesta nel fatto che essi tendono a collidere esattamente come i valori. Ma «la differenza fra regole e principi appare molto chiara nei conflitti tra principi e nei conflitti tra regole. Comune ai conflitti tra principi ed ai conflitti tra regole è il fatto che due norme, applicate indipendentemente l'una dall'altra, portano a risultati incompatibili, ovvero a due doveri giuridici contraddittori. Essi possono essere differenziati rispetto al modo in cui è risolto il conflitto»⁽⁷⁾. Da questo punto di vista, mentre le altre regole risolvono le loro antinomie *a livello astratto*, nel senso che una regola risulterà invalida o un'eccezione dell'altra, implicando, poi, l'operare del classico modello della sussunzione della fattispecie sotto la classe dei casi disciplinati dalla norma applicabile, il modello applicativo richiesto dai diritti fondamentali è quello che risolve il conflitto *a livello concreto*, cioè, il modello del bilanciamento.

Secondo Alexy, nella giurisprudenza costituzionale tedesca possono essere enucleati tre principi. Innanzitutto, la garanzia dei diritti fondamentali non può essere ridotta alla mera difesa dei diritti dei cittadini nei confronti delle ingerenze dello stato. I diritti fondamentali, poi, vengono a

(4) Ibidem.

(5) Ibidem.

(6) Ivi, p. 132.

(7) R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1986, p. 77.

incorporare «anche un sistema obiettivo di valori»⁽⁸⁾ e valgono in tutti gli ambiti del diritto attraverso un processo di irradiazione che li ha resi praticamente «ubiqui»⁽⁹⁾. Infine, poiché «principi e valori sono strettamente affini»⁽¹⁰⁾, questa comune base strutturale li rende estremamente conflittuali: come i beni, i principi collidono e «un conflitto tra principi può essere dunque risolto soltanto ricorrendo al bilanciamento»⁽¹¹⁾. Questo perché i diritti fondamentali sono sostanzialmente principi di ottimizzazione. O meglio, si tratta di distinguere i «precetti che sono ottimizzati», i nostri diritti, dai «precetti di ottimizzazione», che si trovano ad un meta-livello strutturale⁽¹²⁾. I primi collidono e sono oggetto del bilanciamento. Indicano un ideale «dover essere» che attraverso il bilanciamento si trasformerà in un «effettivo dover essere». I secondi, invece, sono precetti per l'ottimizzazione dei principi in conflitto tra loro e stabiliscono che il loro oggetto, cioè, i comandi che sono ottimizzati, debbano essere realizzati il più possibile. Questi precetti per l'ottimizzazione dei principi, in quanto precetti, non devono essere ottimizzati, ma solamente realizzati, al pari delle altre regole⁽¹³⁾. Questo significa che, più che due distinte figure deontiche, dobbiamo confrontare due distinti modelli applicativi per poter rispondere a quella che ci appare come la domanda chiave: «quale di queste due costruzioni teoriche conferisce maggiore razionalità alla giurisdizione costituzionale, quella che esige un bilanciamento o quella che richiede una sussunzione?»⁽¹⁴⁾

Su questo tema, va detto, si è svolto un interessante dibattito che ha visto confrontarsi direttamente Alexy e Habermas⁽¹⁵⁾. Il primo, fautore della tesi dell'affinità, il secondo, deciso sostenitore della distinzione tra principi e valori. Contro la tesi dell'affinità, Habermas aveva sollevato due obiezioni. Poiché i valori e principi sono strutturalmente diversi confonderli signifi-

⁽⁸⁾ Dalla famosa sentenza *Lüth* del 1958: BverfGE 7, 198 (p. 205).

⁽⁹⁾ Cfr. R. ALEXY, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, cit., trad. it. cit., p. 134.

⁽¹⁰⁾ R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 125.

⁽¹¹⁾ R. ALEXY, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, cit., trad. it. cit., p. 134. Anche se va detto che non si tratta di una affinità assoluta per Alexy.

⁽¹²⁾ R. ALEXY, *On Structure of Legal Principles*, in "Ratio Juris", vol. 13, n. 3, 2000, p. 300.

⁽¹³⁾ Su questo e i problemi relativi cfr. T. DE DOMINGO PÉREZ, *Perché ottimizzare? Sulla base normativa del concetto di principio di Robert Alexy*, trad. it. di E. Pariotti, in "Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica", 10, 2005, pp. 201 ss.

⁽¹⁴⁾ R. ALEXY, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, cit., trad. it. cit., p. 134.

⁽¹⁵⁾ Su questo cfr. G. BONGIOVANNI, *Principi come valori o come norme: interpretazione, bilanciamento e giurisdizione costituzionale in Alexy e Habermas*, in "Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica", 10, 2005, pp. 177-198.

cherebbe, ogni qualvolta entra in gioco un principio, far valere ragioni di "policy" mischiandole con ragioni che, invece, sono propriamente giuridiche. Inoltre, il meccanismo di applicazione dei principi, il bilanciamento, verrebbe, alla fine, fatto dipendere o dall'arbitrio o da mere abitudini applicative⁽¹⁶⁾. Concependoli in questo modo, cioè, si viene ad imprimere al diritto una deriva irrazionalistica. Bisognerà dunque domandarsi: il «bilanciamento è in sé qualcosa di irrazionale?»⁽¹⁷⁾

4. La tesi del "caso particolare".

Secondo Alexy, l'interpretazione giuridica è razionale solo in quanto caso particolare dei criteri procedurali del discorso pratico generale e la stessa cosa vale per il bilanciamento. È la cd. *Sonderfallthese*, la tesi dell'argomentazione giuridica come caso particolare del discorso pratico. A fronte del fatto che le norme giuridiche non sono ragioni sufficienti per la soluzione di un caso, né gli argomenti giuridici istituzionalmente utilizzati nella giustificazione interna delle decisioni sembrano essere parimenti sufficienti, nel ragionamento giuridico si aprono inevitabili varchi valutativi. La "teoria del discorso" sostiene di poter individuare dei criteri che ne garantiscano la razionalità e ritiene che questi criteri non siano in realtà giuridici, ma siano del discorso pratico generale. L'indeterminatezza del linguaggio giuridico, lacune, antinomie normative e possibilità di svincolarsi dal significato letterale di un testo, impediscono che gli spazi lasciati aperti dalle norme siano completamente annullati dal legislatore. «È ragionevole perciò l'introduzione di forme e regole particolari proprie dell'argomentazione giuridica, la loro istituzionalizzazione come scienza giuridica, e la loro collocazione nel contesto dei precedenti»⁽¹⁸⁾. In questo modo, l'argomentazione giuridica resta dipendente dalle regole del discorso pratico generale e si inserisce a pieno titolo nel modello della sussunzione. Dal punto di vista del discorso pratico è possibile, così, elaborare un sistema di 28 regole articolato in 5 gruppi (regole fondamentali⁽¹⁹⁾), di

⁽¹⁶⁾ J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaat*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1992; trad. it. di L. Ceppa, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini e Associati, Milano, 1996, p. 309.

⁽¹⁷⁾ R. ALEXI, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, cit., trad. it. cit., p. 136.

⁽¹⁸⁾ R. ALEXI, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., trad. it. cit., p. 226.

⁽¹⁹⁾ Le regole fondamentali che sono condizione di possibilità di ogni comunicazione linguistica in cui si possa parlare di verità e correttezza sono: quella di non contraddizione, la sincerità nel discorso, la coerenza, l'universalizzabilità delle proprie proposizioni che devono potersi estendere a tutte le situazioni simili, la

ragione⁽²⁰⁾, dell'onere di argomentazione⁽²¹⁾, di giustificazione e di transizione) e in un sistema di forme argomentative attraverso le quali è possibile raggiungere un consenso razionale. Solo rispettando queste regole è possibile raggiungere un consenso qualificato, cioè razionale, un consenso che una volta raggiunto è sempre possibile mettere in discussione. Da questo punto di vista, il consenso non è dato da un mero incontro di volontà, da un evento psicologico, ma dal rispetto delle condizioni pragmatiche di razionalità su cui ogni argomentazione deve poggiare per potersi dire corretta. È poi possibile fare un'analisi dei diversi argomenti utilizzabili, analisi che può essere formalizzata logicamente. Il più importante è il modello sillogistico. È in questo contesto che dovremo poi considerare la questione dei limiti di razionalità del procedimento di bilanciamento dei principi. Come si vede, però, in ambito giuridico le regole di ragione non valgono. «Nelle discussioni giuridiche non può essere affrontata qualsiasi questione»⁽²²⁾. Sussiste tutta una serie di limitazioni ai diritti delle parti nel processo; il giudice non si trova in posizione paritaria, né tanto meno lo è l'imputato nel processo penale; vi sono limiti di rilevanza degli argomenti proponibili, termini fissati per legge, oneri della prova, regole sull'inversione dell'onere della prova, regole per la costituzione di parte civile. Ma anche le regole fondamentali hanno una validità limitata: non tutti i parlanti sono obbligati alla sincerità, lo sono i testimoni, non l'imputato. Nessuno può essere obbligato ad autoincriminarsi. Il linguaggio in ambito giuridico è spesso ambiguo, polisemico, ma spesso l'uso di significati specialistici è permesso assieme all'uso di termini comuni. I significati delle parole possono variare a seconda dell'ambito e del contesto in cui li si usano.

5. *La fondazione della razionalità nel modello della sussunzione.*

Le regole e le forme dell'argomentazione pratica generale servono a far funzionare razionalmente il modello sillogistico di applicazione delle regole

chiarezza dei termini usati che devono essere usati sempre negli stessi significati. Cfr. *ivi*, pp. 149 ss.

⁽²⁰⁾ Le regole di ragione, che stabiliscono le condizioni di razionalità di tutti i discorsi garantendone l'imparzialità, si basano tutte sulla regola che impone sempre di giustificare quanto si dice. Sono: la regola della libertà nella discussione (tutti possono prendere parte ai discorsi), chiunque può problematizzare qualunque affermazione, introdurre di nuove, esprimere proprie opinioni, desideri, bisogni, infine, non vi possono essere costrizioni tra i partecipanti nell'esercizio dei propri diritti nella partecipazione al discorso. Cfr. *ivi*, pp. 153 ss.

⁽²¹⁾ Le più importanti sono il principio di eguaglianza dei parlanti e il cd. principio d'inerzia di Perelman, secondo cui chi propone una nuova soluzione ha l'onere di argomentarla.

⁽²²⁾ *Ivi*, p. 170.

attraverso l'impiego di argomenti razionali. L'insieme di questi argomenti servirà a garantire il passaggio dalle premesse sino alla soluzione del caso. Si deve, allora, distinguere una giustificazione interna che garantisce un passaggio, che sia logico, dalle premesse sino alla conclusione, dalla giustificazione esterna delle singole premesse del sillogismo. Anche per la giustificazione interna vigono una serie di regole dell'argomentazione giuridica (come quella secondo cui alla base di un giudizio deve essere utilizzata almeno una norma universale ecc.) e sarà possibile darne una formulazione logica⁽²³⁾. Nella giustificazione esterna delle premesse utilizzeremo i diversi canoni ermeneutici (grammaticale, storico, sistematico ecc.), oltre che una serie di regole, come quella che impone il vincolo del testo di legge e della volontà del legislatore. Normalmente, però, perché possa operare il sillogismo, sarà necessario ricorrere ad una serie di regole che servono a trasformare la norma universale che rappresenta la premessa maggiore in una norma di volta in volta più concreta che avvicini progressivamente la fattispecie astratta a quella concreta⁽²⁴⁾. E in questi casi si dovrà formulare una serie di premesse intermedie sino a raggiungere la conclusione⁽²⁵⁾. È proprio in questo contesto che si apre quella parte creativa dell'accertamento del diritto. Poiché le regole individuate valgono pur sempre solo per la giustificazione interna, è soprattutto nella scelta delle premesse che si gioca la partita della razionalità del giudizio, cioè, nell'ambito della giustificazione esterna⁽²⁶⁾. Nella giustificazione esterna, le premesse possono essere costituite da norme positive, da proposizioni empiriche relative a questioni di fatto (la descrizione giuridica di un caso), da premesse che non sono né proposizioni empiriche, né regole del diritto positivo (es. massime di esperienza). A queste diverse tipologie di premesse corrispondono diversi metodi per la loro giustificazione. Ciò che ci vuole dire Alexy, è che, in un modo o nell'altro,

(23) La forma più semplice di giustificazione interna è data dal sillogismo e può essere così formalizzata:

- (1) $(Tx \rightarrow ORx)$, cioè, per ogni x se x è un soldato, allora deve dire la verità.
- (2) Ta , cioè, il signor M. è un soldato.
- (3) ORa , cioè, il signor M. deve dire la verità.

Dove T indica un qualsiasi predicato complesso (in questo caso la qualità dell'essere soldato). O indica l'operatore deontico *obbligatorio*. Quindi: per qualunque soldato è obbligatorio. R indica un qualsiasi predicato complesso che esprime ciò che l'interessato deve fare. È il contenuto di una regola R : dire la verità.

(24) Cfr. *ivi*, pp. 178 ss. L'idea di ridurre le premesse attraverso la formulazione di premesse intermedie si trova già in K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, Kohlhammer, Stuttgart, 1977 (7 ed.); trad. it. di A. Baratta e F. Giuffrida Répaci, *Introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano, 1970.

(25) R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., trad. it. cit., p. 181.

(26) *Ivi*, p. 182.

per la costruzione delle premesse bisogna sempre fare ricorso alle regole e alle forme dell'argomentazione pratica generale. In particolare, poiché la dottrina svolge una serie di funzioni in grado di semplificare l'attività della giurisprudenza, fornendole modelli e metodi di soluzione, grazie al fatto che non risente di vincoli temporali né personali e che alla fine tutti gli argomenti dogmatici utilizzabili possono essere ricondotti alle regole e alle forme dell'argomentazione pratica generale, allora, davvero possiamo dire che i momenti di scelta aperti nel giudizio rispondono a criteri razionali. «L'argomentazione pratica generale costituisce dunque il fondamento dell'argomentazione giuridica»⁽²⁷⁾. Il collegamento fondativo della razionalità giuridica sulla razionalità pratica generale ha, però, una conseguenza. Nel caso in cui oggetto di applicazione attraverso il modello razionale della sussunzione fosse una legge irrazionale o ingiusta, si correrebbe il rischio di contraddire la tesi del caso particolare, perché la correttezza razionale della decisione giuridica deriverebbe dall'applicazione razionale di una legge irrazionale (o ingiusta). In questo caso, secondo Alexy, la legge non potrebbe applicarsi se non si vuole vanificare la razionalità discorsiva⁽²⁸⁾. In questo senso, le regole del discorso razionale si comporterebbero esattamente come la legge di natura rispetto al diritto ingiusto. La legge ingiusta non è diritto.

6. *La fondazione della razionalità nel modello del bilanciamento.*

Recuperato il modello sillogistico di applicazione delle regole e rifondato, quindi, razionalmente sulla base delle regole dell'argomentazione pratica generale, dovremo fondare anche le basi della razionalità e della correttezza del modello di bilanciamento dei principi visto il ruolo ormai assunto dalle corti costituzionali⁽²⁹⁾. Nel diritto costituzionale tedesco il bilanciamento è soltanto una parte di quanto richiesto da un principio più comprensivo, il "principio di proporzionalità". Questo è a sua volta costituito da tre sottoprincipi, ovvero dai criteri di "adeguatezza", "necessità" e "proporzionalità". Tutti e tre i principi richiamati danno espressione all'idea di ottimizzazione. I diritti fondamentali in quanto principi costituiscono, cioè, dei precetti di ottimizzazione, ovvero delle norme, che prescrivono che qualcosa venga realizzato nella misura maggiore possibile⁽³⁰⁾. I precetti di ottimizzazione

⁽²⁷⁾ Ivi, p. 224.

⁽²⁸⁾ Ivi, pp. 269-270.

⁽²⁹⁾ G. BONGIOVANNI, *Principi come valori o come norme: interpretazione, bilanciamento e giurisdizione costituzionale in Alexy e Habermas*, cit., p. 193.

⁽³⁰⁾ R. ALEXY, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, cit., trad. it. cit., p. 137; ID., *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 75.

consentono, poi, che i principi si realizzino in maniera ottimale. Per quanto riguarda i due principi di adeguatezza e di necessità si tratta qui di ottimizzare la sentenza in rapporto alle circostanze di fatto. Il *principio di adeguatezza* vieta, in sostanza, di utilizzare mezzi che possano violare un diritto fondamentale, senza realizzare uno dei diritti o degli scopi a cui tali mezzi servivano. Il criterio di adeguatezza si limita a riprodurre l'idea paretiana di ottimizzazione. Per quanto riguarda il *principio di necessità*, si tratta di un criterio che richiede che se un diritto fondamentale rischia di essere limitato dall'impiego di un certo mezzo realizzativo di un altro diritto fondamentale, si dovrà scegliere il mezzo meno lesivo, a meno che questo non minacci la realizzazione di un terzo diritto fondamentale. Nel caso in cui non sia possibile scongiurare una limitazione a carico di altri diritti fondamentali, si dovrà ricorrere al bilanciamento tra beni in conflitto. Il bilanciamento costituisce l'oggetto del terzo principio, il *principio di proporzionalità*. Si tratta di un criterio che chiarisce cosa significhi ottimizzare una decisione in rapporto alle possibilità offerte dalle circostanze di fatto. Esso coincide con la cd. "legge del bilanciamento"⁽³¹⁾ che evidenzia come il processo di ottimizzazione di un principio che entra in collisione con un altro si risolva sostanzialmente in un bilanciamento. Questo avviene in tre momenti distinti. In un primo momento va determinato il grado di non realizzazione o di violazione di un certo diritto fondamentale. In un secondo momento, si tratterà di determinare il peso associato al principio concorrente e l'importanza della sua realizzazione. Infine, bisognerà verificare se l'importanza riconosciuta alla realizzazione del principio concorrente giustifichi il mancato soddisfacimento o la violazione del primo principio.

Habermas aveva contestato che, confondendo la natura dei principi con quella dei valori in caso di conflitto, qualunque ragione avrebbe potuto essere sostenuta attraverso argomenti di "policy". Habermas avrebbe ragione se non si potesse formulare alcun giudizio razionale in relazione all'intensità della violazione o della limitazione di un principio, in relazione al suo grado d'importanza e, infine, in relazione al rapporto che si instaura tra i due giudizi precedenti⁽³²⁾. È possibile, invece, far emergere la tessitura razionale che articola tanto il giudizio relativo all'intensità di una violazione, quanto il giudizio che ne stabilisce il grado di importanza. Tra una limitazione assoluta nel godimento di un diritto e l'estremo opposto è sempre possibile indivi-

⁽³¹⁾ Cfr. R. ALEXY, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, cit., trad. it. cit., p. 138. La legge stabilisce che: *«Quanto più alto è il grado di non realizzazione o di violazione di un certo principio, tanto maggiore deve essere l'importanza associata alla realizzazione del principio concorrente»*.

⁽³²⁾ *Ibidem*: «Se si prescinde dal controllo di adeguatezza e di necessità, i diritti fondamentali, in quanto principi, consentirebbero in tal caso qualunque soluzione giudiziale».

duare tutta una serie di gradazioni intermedie, realizzando una scala di intensità composta dai gradi "leggero", "medio", "grave". Se consideriamo un caso in cui in conflitto vi siano beni non quantificabili economicamente, il discorso potrebbe cambiare⁽³³⁾. Alexy ci vuole dimostrare che non è così⁽³⁴⁾. Proprio attraverso questo modello di quantificazione triadica della gravità delle violazioni, la razionalità del giudizio può dirsi salva e, quindi, può essere respinta anche la seconda obiezione di Habermas⁽³⁵⁾. Se, da una parte, non si può contestare che le sentenze dei giudici si basino su precedenti giurisprudenziali, che sarebbero nella prospettiva di Habermas standard frutto della mera abitudine, dall'altra, non si basano esclusivamente su di essi, ma anche sulla correttezza, cioè, sull'applicazione di una serie di criteri di giudizio. Anzi, si potrebbe parlare di un giudizio avvenuto in maniera irriflessa solo quando non avvenisse per via argomentativa, cosa che, invece, Alexy ci mostra non essere. I casi di bilanciamento sono sempre ampiamente argomentati. È possibile, a questo punto, operare un ulteriore salto nell'analisi del processo di quantificazione del peso dei principi, dandone una rappresentazione razionale, cioè formalizzata.

Abbiamo visto che tutte le gradazioni della misura del non adempimento, della limitazione o della violazione di un principio sin qui considerate seguono uno schema triadico: "leggero", "medio", "grave" (*l, m, g*). Bisogna, ora, fare una prima pulizia terminologica. Piuttosto che far riferimento di volta in volta al non adempimento o alla limitazione di un principio, sarà meglio parlare sempre di intensità di intervento su quel principio. Usiamo P_i come variabile per tutto ciò la cui violazione tramite non adempimento o limitazione diviene oggetto del giudizio costituzionale, cioè il principio P_i , mentre l'intensità dell'intervento su P_i può essere definita come IP_i . Va detto, poi, che gli interventi sui principi sono sempre concreti. La prima valutazione riguarderà, dunque, l'intensità dell'intervento IP_i che potrà risultare *l, m, g* (ovvero "leggera", "media", "grave") nelle circostanze particolari del caso e la indicheremo con IP_iC . A questa intensità dovremo dunque dare un valore I_i . Quindi $I_i = IP_iC$, cioè diciamo che l'intensità dell'intervento sul principio P_i ha un valore definito. Al peso astratto possiamo dare un valore GP_i che possiamo sintetizzare per maggiore comodità con G_i , che acquisterà rilevanza se il peso astratto dell'altro principio concorrente si differenzia da quello di P_i . Il secondo oggetto di valutazione nel giudizio di bilanciamento è costituito dal grado d'importanza del soddisfacimento dell'altro principio. «Quanto

⁽³³⁾ R. ALEXY, *La quantificazione del peso nel bilanciamento*, trad. it. di D.S. Winkler e D. Canale, in "Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica", 10, 2005, p. 101.

⁽³⁴⁾ L'autore fa il caso della sentenza *Titanic*: BVerfGE, 86, 1. Cfr. R. ALEXY, *La quantificazione del peso nel bilanciamento*, cit., trad. it. cit., pp. 101 ss.

⁽³⁵⁾ Ivi, pp. 103-104.

importante sia il soddisfacimento del principio concorrente dipende sia dall'intensità della limitazione dell'altro principio, qualora non gli venisse data la precedenza, sia dal suo peso astratto»⁽³⁶⁾. Così, per stabilire l'intensità dell'intervento ci si deve domandare quanto incida, ad esempio, il divieto di manifestare la propria opinione conseguente alla condanna al risarcimento dei danni morali per diffamazione. Per determinare l'importanza da attribuire alla difesa del diritto alla personalità del soggetto diffamato sarà necessario considerare quanto il mancato intervento sulla libertà di opinione, ritenendo non diffamatorio il comportamento, andrebbe a discapito della dignità della persona diffamata⁽³⁷⁾. Dunque, l'importanza concreta del principio concorrente P_j si misura su quanto intensamente incide su quel principio il non intervento sul principio P_i . Il concetto di importanza concreta di P_j è, allora, identico al concetto di intensità d'intervento su P_j in seguito all'ipotizzato non intervento su P_i . Quindi anche qui vale l'equivalenza $IP_j C = I_j$. Il terzo passaggio consiste nel mettere in relazione le due valutazioni qui fatte. Nel caso in cui ci troviamo di fronte a due grandezze incommensurabili (la condanna al risarcimento dei danni morali per diffamazione, per esempio, e la lesione derivante dalla diffamazione), l'incommensurabilità si genera non appena si abbandoni quel punto di vista unitario dato dalla correttezza costituzionale, cioè, quando un'interprete possa sostenere in un caso una violazione e in un altro uguale al primo la ritenga insussistente⁽³⁸⁾. Conseguentemente, chi ritiene che non sia possibile individuare un punto di vista comune, data l'incommensurabilità delle grandezze in questione, deve ritenere impossibile poter configurare come discorso razionale le valutazioni operate dalla corte costituzionale attraverso il bilanciamento. Ma oltre al punto di vista unitario, vi è un altro elemento che garantisce la commensurabilità ed è costituito dalla elaborazione di una scala di valori del tipo *l, m, g* (ovvero "leggiera", "media", "grave"). Si tratterà di confrontare l'intensità di intervento sui due principi P_i e P_j sulla base della scala di valori *l, m, g*. A questa scala di valori è possibile dare una graduazione, ad esempio, da 1 a 3. E con l'aiuto di questi numeri si può stabilire una formula che esprime il peso di un principio in una circostanza concreta, cioè il suo peso concreto, come una differenza. Ciò nonostante, una caratteristica importantissima non viene colta se si utilizza la mera serie aritmetica 1, 2, 3⁽³⁹⁾. La cosa emerge non appena si passi al modello della serie geometrica con i valori da 1 a 4, cioè 2^0 , 2^1 , 2^2 . In questo modello le distanze aumentano progressivamente, cosa che permette di cogliere anche tipologie di illecito esorbitanti, senza limiti. Qui

⁽³⁶⁾ Ivi, p. 107.

⁽³⁷⁾ Ivi, p. 108.

⁽³⁸⁾ Ivi, p. 110.

⁽³⁹⁾ Ivi, p. 114.

emerge il fatto che «i principi sui quali l'intensità d'intervento aumenta acquistano progressivamente una forza maggiore (...) [mentre] (...) diminuisce quanto più si interviene sul principio limitandone la piena realizzazione»⁽⁴⁰⁾. Emerge, cioè, un nucleo intangibile di quei principi. Il carattere geometrico della graduazione porta a definire il peso concreto di P_i non attraverso una sottrazione, come avverrebbe con l'uso della serie aritmetica, ma attraverso un quoziente, un rapporto. Si tratta, ora, di esprimere questo rapporto tra i diversi valori considerati per ciascun principio P_i e P_j . Ciò può avvenire facendo dipendere il peso concreto dei principi da tre coppie di fattori: l'intensità, i loro pesi astratti e il grado di attendibilità delle ipotesi circa l'avvenuta o la mancata realizzazione di ciascuno nel caso si adotti la misura in questione. Ciascuno di questi fattori contribuirà a determinare il peso di almeno due beni in conflitto e per questo la quantificazione del peso dipenderà da tre coppie di fattori che saranno indicati solo nel caso in cui le coppie siano diseguali, perché altrimenti si neutralizzerebbero. Vista l'importanza della seconda coppia di fattori (data dal grado di attendibilità della previsione empirica sugli effetti del provvedimento in questione), possiamo esprimere la seguente "legge del bilanciamento": *Quanto più pesante è un intervento su un diritto fondamentale, tanto maggiore deve essere il grado di attendibilità delle premesse su cui si regge l'intervento*. L'attendibilità della previsione empirica relativa agli effetti del provvedimento sulla realizzazione di P_i e sulla non realizzazione di P_j nel caso concreto, può essere indicata con S_i e S_j . Quindi la nostra formula completa per la quantificazione del peso nel bilanciamento potrà essere scritta in questo modo:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

Normalmente, però, ci troviamo di fronte a più principi coinvolti dal medesimo fatto, che si ha quando uno stesso provvedimento viola contemporaneamente più principi. Il che significa che il principio P_i sarà bilanciato coi principi P_j e P_n . La cosa interessante è che se, insieme al diritto fondamentale P_i , rispetto al quale si svolge il giudizio della corte, sono coinvolti anche altri principi, ci troveremo di fronte ad una «cumulazione [che] porta inevitabilmente all'olismo dei diritti fondamentali. ... Tutti i principi contrari alla misura oggetto di giudizio attaccherebbero congiuntamente tutti i principi favorevoli a tale misura. Il diritto fondamentale la cui violazione è oggetto di giudizio, non sarebbe più l'unico combattente in campo ma soltanto l'avanguardia di una truppa ben più numerosa»⁽⁴¹⁾. In

⁽⁴⁰⁾ Ibidem; ID., *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 147.

⁽⁴¹⁾ R. ALEXY, *La quantificazione del peso nel bilanciamento*, cit., trad. it. cit., p. 122 nt. 39.

questo caso il peso concreto del diritto fondamentale violato consisterebbe nel peso di questo principio entro l'intero sistema della costituzione. La formula che rappresenti il caso di questa "magnifica battaglia" sarà allora:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i + \dots + I_m \cdot G_m \cdot S_m}{I_j \cdot G_j \cdot S_j + \dots + I_n \cdot G_n \cdot S_n}$$

Ad essa dovrà essere dato il nome di "formula ampliata per la quantificazione del peso nel bilanciamento". In conclusione, quando si tratta di graduare le violazioni dei diritti fondamentali, di quantificare il peso e di eseguire il bilanciamento, si può notare, attraverso le nostre formule razionali, che essi si rafforzano proporzionalmente alla intensità degli attacchi che subiscono dalla misura presa in esame. «In questo modo, essi mostrano una sorta di nucleo intangibile. Tale nucleo costituisce la "paratia antincendio" di cui parla Habermas la quale dovrebbe, invece, crollare inesorabilmente qualora accettassimo la tesi del bilanciamento»⁽⁴²⁾. Ma così non è e viene a cadere anche quest'ultima obiezione.

7. La giustificazione dei diritti umani attraverso le regole del discorso.

Come è facile immaginare, le regole della "teoria del discorso" sono anche in grado di farci spiccare quel salto dai diritti fondamentali ai diritti umani e di affrontare direttamente la questione della loro universalità. Si tratta di una elaborazione che appartiene, per sua esplicita ammissione, al campo delle teorie kantiane sui diritti umani, che è poi quello delle teorie liberali, distinguendosi in tal senso da quella aristotelica, hobbesiana e nietzscheana che ne sono in qualche modo antagoniste⁽⁴³⁾. La teoria kantiana si caratterizza per fondarsi tanto sul principio di universalità quanto sul principio di autonomia. Il primo principio afferma che tutti gli esseri umani devono avere certi diritti. Invece, il principio di autonomia muove contemporaneamente tanto nel senso dell'autonomia privata, della libera scelta del proprio piano di vita, quanto nel senso dell'autonomia pubblica, che presuppone, invece, la connessione di diritti umani con le istituzioni democratiche. A partire dalle regole della razionalità del nostro argomentare, è possibile concludere che il nostro campo pratico deve essere articolato su una sicura dotazione di diritti garantiti a tutti, quali condizioni procedurali del discorso a cui tutti intendono partecipare. Ad un primo livello, dunque, le regole del discorso dovranno

⁽⁴²⁾ R. ALEXY, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, cit., trad. it. cit., pp. 143-144.

⁽⁴³⁾ R. ALEXY, *Discourse Theory and Human Rights*, trad. ingl. di S. Gaschke, K. Block, in "Ratio Juris", vol. 9, n. 3, 1996, p. 209.

fondare le regole del discorso pratico generale. Mentre solo in un secondo momento potranno fondare la giustificazione dei diritti umani nel campo delle nostre azioni sulla base di un triplice argomento che fa leva sulla autonomia, sul consenso e sulla democrazia. Per quanto riguarda il momento di fondazione delle regole del discorso, va detto che il discorso è razionale nella misura in cui le condizioni dell'argomentazione pratica razionale sono realizzate. Queste sono le cd. regole fondamentali che servono a realizzare l'imparzialità del discorso, scopo che si realizza solo se libertà ed eguaglianza nel discorso sono garantite, cioè, se valgono le cd. regole di ragione (ognuno ha il diritto di partecipare ai discorsi, di problematizzare le proprie affermazioni, di introdurre qualunque affermazione ecc.)⁽⁴⁴⁾. «A livello di argomentazione queste regole esprimono l'idea liberale di universalità e di autonomia»⁽⁴⁵⁾. Il che significa, anche, che la "teoria del discorso" è tutt'altro che neutrale e si colloca perfettamente all'interno della tradizione liberale⁽⁴⁶⁾. Nella "teoria del discorso" il consenso deve dipendere innanzitutto dai propri argomenti e deve sussistere una connessione necessaria tra l'idea di consenso universale e l'idea di correttezza e validità morale⁽⁴⁷⁾.

Abbiamo detto che la "teoria del discorso" non pretende di essere neutrale perché riconosce di avere chiare origini liberali. Ma sarà anche universale? Contro l'idea della non-neutralità della teoria del discorso è stato obiettato che non è possibile fornire alcuna giustificazione o fondamento della posizione liberale perché la morale non può essere fondata sulla morale a pena di un vizio di circolarità. La "teoria del discorso" non potrebbe godere di universalità, per questo sarebbe sufficiente una spiegazione di come il discorso morale si evolva e di perché gli individui vi prendano parte⁽⁴⁸⁾. Alexy ritiene, invece, che la spiegazione evolutiva sia tutt'altro che soddisfacente e che questo vizio possa essere evitato muovendo da una argomentazione dell'universalità della "teoria del discorso" che si componga delle seguenti tre parti: un argomento trascendentale, un argomento che fa leva sulla massimizzazione dell'utilità individuale, e una premessa empirica circa il generale interesse dell'uomo alla correttezza, che permetta di connettere i primi due argomenti.

Se partiamo, per semplicità, dal campo delle asserzioni, chi fa un'asserzione veicola intersoggettivamente una pretesa di verità. Non compie questa asserzione secondo regole proprie, che valgono solo per lui. La sua asserzione

⁽⁴⁴⁾ R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., trad. it. cit., pp. 153 ss.

⁽⁴⁵⁾ R. ALEXY, *Discourse Theory and Human Rights*, cit., p. 211 [traduzione mia].

⁽⁴⁶⁾ Ivi, p. 212.

⁽⁴⁷⁾ Ibidem.

⁽⁴⁸⁾ La tesi è di Carlos Nino in C.S. NINO, *Ethics of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1991, p. 114.

viene fatta sulla base di regole intersoggettivamente date per essere riconosciuta come tale. Non dice: "fuori piove, ma non ci credo" contraddicendosi. Ma questo significa anche che la sua pretesa di verità è anche intersoggettivamente giustificabile. Questa giustificabilità della sua asserzione lo fa entrare a pieno titolo nel campo dell'argomentazione razionale. Ma, allora, chi fa un'asserzione presuppone pure l'uguaglianza del suo interlocutore. Come se potesse, ad un tempo, asserire qualcosa e dire che, vista la bassa intelligenza del suo interlocutore, non ritiene di giustificarla. Con questa asserzione deve, poi, presupporre la libertà del suo interlocutore. Non potrebbe dire che se la sua ragione non convince il suo interlocutore questo è, che so..., licenziato. Presupporrebbe, infine, l'universalizzabilità della sua asserzione. Non potrebbe dire che la ragione fornita è una buona ragione, una volta che si siano estromessi dal discorso gli interlocutori A, B e C. Principio di uguaglianza, autonomia e universalità vigono, allora, nella "teoria del discorso"⁽⁴⁹⁾. La "teoria del discorso" gode, però, anche del carattere dell'universalità. Se apparteniamo in certa misura al genere umano e non siamo malati di mente, o viviamo in completo isolamento, dobbiamo riconoscere che le nostre argomentazioni si basano su regole e che le regole sono quelle che abbiamo appena descritto. Il che non disconosce per niente il fatto che le forme di vita siano infinitamente varie e differenti tra loro. Ma a fronte di questa infinita varietà, la "teoria del discorso" cerca di individuare le basi potenziali della razionalità umana, ne indaga, per così dire, la natura, e, in questo senso, può dirsi vicina alla tradizione del diritto naturale⁽⁵⁰⁾. È in questo senso che affermiamo l'universalità della "teoria del discorso". Una volta individuato con l'argomento trascendentale le idee di libertà, eguaglianza e universalità come condizioni procedurali dell'argomentazione retta dalle regole del discorso, la "teoria del discorso" mostra come l'osservanza delle regole del discorso risponda senz'altro alla massimizzazione dell'utilità. Il riconoscimento universale dell'autonomia e dell'uguaglianza dei propri interlocutori serve a massimizzare la nostra utilità nel lungo periodo. A questa premessa kantiana è possibile aggiungere nella nostra argomentazione una premessa empirica circa il generale interesse umano alla correttezza, che rappresenta, per così dire, il momento hobbesiano della nostra riflessione⁽⁵¹⁾. Infatti, chiunque entri nel discorso per mere ragioni strategiche dovrebbe riconoscere l'uguaglianza e la libertà degli altri partner del discorso o dovrebbe quantomeno fingere di riconoscerle per non vanificare l'interesse degli altri interlocutori. Questa giustificazione, con uno escamotage machiavellico, ci fornisce una validità obiettiva delle regole del discorso.

⁽⁴⁹⁾ R. ALEXY, *Discourse Theory and Human Rights*, cit., p. 216.

⁽⁵⁰⁾ Ivi, p. 218.

⁽⁵¹⁾ Ivi, p. 219.

Una volta fondate le regole del discorso sulle regole del discorso pratico generale, si tratterà di giustificare i diritti umani alla luce della "teoria del discorso". Le regole del discorso sono solo regole del linguaggio. Osservarle significa solo trattare il proprio interlocutore da pari, in modo eguale. Per poter passare dalle regole del discorso alle regole dell'azione si richiedono, quindi, delle ulteriori premesse. Qui intervengono tre giustificazioni tra loro complementari che possono fungere da premesse per la nostra conclusione a favore dell'universalità dei diritti umani: l'argomento dell'autonomia, l'argomento del consenso e l'argomento della democrazia. L'argomento dell'autonomia dice che chiunque prenda parte seriamente a un discorso presuppone sempre l'autonomia dei suoi partner, il che esclude il diniego di certi diritti umani. Infatti, chi prende parte seriamente al discorso, non è solo interessato alla mera correttezza della propria argomentazione, per cui è disposto a rispettare l'autonomia del proprio interlocutore solo sino a quando non è sicuro di aver ragione e, poi, passa alle maniere forti. Chi è *seriamente* interessato al discorso è interessato a convincere, a risolvere i conflitti attraverso un consenso generato e controllato discorsivamente, cioè accoglie anche il principio di autonomia. Correttezza e autonomia, dunque, si presuppongono⁽⁵²⁾. Finché rimane aperta la possibilità della riflessione sulla correttezza delle nostre proposizioni normative, è possibile escludere il prodursi di errori morali nel discorso. Correttezza e autonomia risultano, così, strettamente connesse⁽⁵³⁾. Anche chi non riconosca il valore dell'autonomia, deve almeno fingere di riconoscerla, se non vuole far venire meno l'interesse di tutti gli altri interlocutori. Il che legittima il nostro principio di autonomia⁽⁵⁴⁾. Esso corrisponde al generale diritto di libertà che può essere definito come il diritto di decidere per sé ciò che è giusto e buono e di comportarsi di conseguenza. Si tratta, allora, di passare dal diritto di libertà al sistema di tutti gli altri diritti umani. O si dice che tutti questi diritti non sono altro che un caso speciale del diritto di libertà e concettualmente contenuti in esso, o si dice che certi diritti sono i necessari mezzi per agire autonomamente. Entrambe queste operazioni conducono a giustificare tanto l'autonomia privata quanto quella pubblica. Il diritto di libertà le abbraccia entrambe. I diritti che appartengono, così, al gruppo dei diritti di

⁽⁵²⁾ Ivi, p. 223.

⁽⁵³⁾ Ivi, p. 224.

⁽⁵⁴⁾ Un despota, ad esempio, che si stancasse di fornire ragioni e facesse improvvisamente ricorso alla forza bruta rischierebbe di compromettere nel lungo periodo il proprio vantaggio personale. Di qui "il dilemma del tiranno": perché il terrore mascherato dagli argomenti è meglio della forza bruta, ma aprirsi all'argomentazione significa anche rischiare di smascherare il proprio bluff. L'autonomia negata in pratica dal tiranno deve essere presupposta nella propaganda, altrimenti nessuno lo seguirebbe.

libertà, come la libertà di espressione, di associazione, di stampa, di voto universale, segreto, libero e eguale, vengono a reggersi sull'autonomia. In questo modo, i diritti direttamente giustificati appartengono al novero di quelli che servono a sviluppare i diritti in un processo di formazione politica dell'opinione e volontà in un modo corretto e legittimo, sulla base della "teoria del discorso". E in questo modo il cerchio, aperto con l'argomento dell'autonomia, si chiude.

I diritti umani possono essere giustificati anche attraverso l'argomento del consenso. Sulla scia di Habermas, un sistema di diritti deve contenere solo quei diritti che tutti i cittadini non possono non riconoscersi reciprocamente se vogliono regolare legittimamente la loro convivenza mediante il diritto. La legittimità giuridica viene così a dipendere dal consenso universale. Questo argomento esprime sostanzialmente il principio del discorso secondo cui una norma incontra il consenso universale soltanto se la conseguenza della sua osservanza generale può essere accettata da tutti. Il principio del discorso nel momento in cui viene connesso al diritto comporta che il principio della democrazia e un certo sistema di diritti a protezione dell'autonomia privata e di quella pubblica non sono altro che due facce della stessa medaglia. Da questo punto di vista, l'argomento del consenso ricalca esattamente l'argomento dell'autonomia. In realtà, se si guarda bene, l'argomento del consenso integra quello dell'autonomia introducendo un elemento nuovo: l'imparzialità e, con esso, l'uguaglianza. Si tratta di due aspetti che stanno alla base della concezione liberale dei diritti umani. Il sistema di diritti che si regge sul consenso universale di tutti i cittadini non deve prendere parte a favore di alcuno, e, cioè, deve trattare tutti da eguali. In un discorso in cui libertà ed eguaglianza vigono, l'imparzialità rappresenta un risultato necessario, il che significa che è vero almeno nelle condizioni ideali. Una volta che ci si faccia guidare dalla libertà e dall'eguaglianza, e viga la razionalità discorsiva, una distribuzione diseguale di diritti umani non sarebbe possibile⁽⁵⁵⁾. I diritti umani devono, quindi, essere universalmente distribuiti. Ma poiché nessuno ha mai partecipato ad un discorso ideale, si potrebbe ipotizzare anche che la maggioranza per massimizzare il benessere o la pace rinunci spontaneamente ai propri diritti a favore di una élite di uomini di intelligenza superiore o con altre caratteristiche uniche. Il fatto è che una diseguale distribuzione di diritti, come, ad esempio, una diseguale distribuzione del diritto di voto tra diverse classi o ceti, verrebbe a compromettere conseguentemente anche la stessa autonomia. Chiunque valuti positivamente l'autonomia politica, come per il diritto di voto, deve per forza valutare negativamente una distribuzione diseguale di questo, cioè una distribuzione diseguale non sarebbe in grado di essere accettata da tutti.

(⁵⁵) Ivi, p. 229.

L'eguale distribuzione di diritti, la loro universalità, risulta, dunque, l'esito del discorso ideale⁽⁵⁶⁾.

L'argomento del consenso ci ha condotto all'eguaglianza di diritti e, in tal modo, al principio di universalità da cui eravamo partiti. A questo punto si apre il terzo e ultimo argomento della "teoria del discorso" a favore dei diritti umani, che è quello della democrazia. Innanzitutto, vale la premessa che il principio del discorso può essere realizzato, anche se in modo solo approssimativo, attraverso l'istituzionalizzazione di procedure democratiche per la formazione della volontà e dell'opinione pubblica. La seconda premessa afferma che la democrazia in cui si realizzano le condizioni di razionalità del discorso è possibile solo se sono validi i fondamentali diritti politici e questi possono essere esercitati con *chance* sufficientemente eguali. La terza premessa afferma che questi elementari diritti politici presuppongono la validità e la realizzazione di un certo numero di elementari diritti umani. A questi appartengono, senz'altro, il diritto alla vita, il diritto ai mezzi di sussistenza, ad una certa educazione. Se queste tre premesse sono vere si dovrà concludere che «chiunque è interessato alla correttezza e alla legittimità deve essere interessato alla democrazia. Chiunque è interessato alla democrazia deve essere interessato agli elementari diritti umani»⁽⁵⁷⁾. E in questo modo, con l'ulteriore argomento della democrazia, la "teoria del discorso" viene ad integrare gli altri due dell'autonomia e del consenso. Ma ha anche rivolto il suo sguardo dai diritti umani alle procedure e alle istituzioni in grado di affermarli, sino a cogliere una inseparabile connessione tra diritti e democrazia costituzionale sulla base della "teoria del discorso".

8. Conclusioni.

La teoria dei diritti di Alexy si caratterizza tra le tante emerse nel corso del dibattito intorno ai diritti per la sua coerenza e l'elaborato impianto teorico con cui sostiene l'idea della razionalità del diritto. Due le tesi principali tra loro strettamente connesse: quella della affinità tra principi e valori, e la cd. *Sonderfallthese*, la tesi del "caso speciale" del discorso giuridico. Su di esse si regge, poi, la soluzione della questione dell'universalità dei diritti e l'affermazione del nesso diritti-democrazia. Ci sono però delle difficoltà. Habermas non ha tutti i torti quando rileva che i valori, nel momento in cui sono assunti da un ordinamento, mutano la loro dimensione assumendo una struttura deontologica. I diritti umani, nel momento in cui vengono inseriti in un ordinamento, acquistano il carattere della giuridicità dei diritti fundamenta-

⁽⁵⁶⁾ Ivi, p. 232.

⁽⁵⁷⁾ Ivi, p. 233 [traduzione mia].

li, sebbene senza smarrire la loro origine valoriale. La tesi dell'affinità così come formulata nella "teoria del discorso" serviva a riaffermare quell'istanza di razionalità che la tesi del caso particolare vorrebbe fondare. Ma nella sua prospettiva i principi vengono fatalmente a spostarsi sul versante della morale, ponendo in secondo piano quello giuridico. Se si può dire, vi è nella prospettiva di Alexy una "vicinanza di scopo" tra il modello del bilanciamento e il modello della sussunzione: nel momento in cui il diritto denuncia la propria insufficienza, le regole del discorso pratico generale e della morale entrano in soccorso garantendo quella razionalità e quella correttezza del ragionamento giuridico. Per questo il modello del bilanciamento, al pari del modello della sussunzione, può essere tradotto logicamente attraverso l'esplicitazione di tutta una serie di regole e formule. Non è altro che la conferma dell'appartenenza dei principi al piano della morale, cioè delle regole del discorso pratico generale⁽⁵⁸⁾. La questione della tesi del "caso particolare" appare, però, davvero il punto debole di tutto l'impianto teorico. Dire che alle insufficienze del diritto vengono in soccorso le regole del discorso pratico generale, più che fondare l'istanza di razionalità la indebolisce, perché, se di correttezza si deve parlare nel diritto, questa deve essere soprattutto giuridica, o non è. Una correttezza presa in prestito, da questo punto di vista, non è una correttezza. Che senso ha dire che un'applicazione è corretta giuridicamente perché si è fatto ricorso a criteri e regole estranei al diritto? Chi si affida al diritto ha bisogno di sapere che il suo caso verrà deciso utilizzando regole e criteri *giuridici* e non facendo ricorso ad altri tipi di regole. E non a caso Alexy deve dire che le regole del discorso pratico generale possono essere raccolte in un codice, cioè, ha bisogno di "giuridificare" la morale⁽⁵⁹⁾. Spostando la questione della razionalità esternamente al diritto, al di là della sua storicità, si genera un punto di crisi. Sostenere una tesi del genere significa indebolire, non rafforzare, né tanto meno fondare, l'istanza razionale interna al diritto. Se alcuni criteri propri della razionalità pratica rilevano nell'ambito del diritto, come il principio di universalizzabilità, rilevano proprio in quanto giuridici, non perché rispondenti ad un sistema esterno di razionalità. L'idea di trattare in modo simile casi simili è, in altri termini, un'idea prima di tutto giuridica. È, caso mai, il diritto ad essere un

⁽⁵⁸⁾ In questo senso anche T. DE DOMINGO PEREZ, *Perché ottimizzare? Sulla base normativa del concetto di principio di Robert Alexy*, cit., trad. it. cit., p. 203: «La teoria dei principi è lo strumento che permette di connettere il sistema giuridico alla moralità».

⁽⁵⁹⁾ R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., trad. it. cit., p. 149: «Nel caso in cui questi difetti possano essere eliminati, dovrebbe essere possibile produrre un giorno qualcosa di simile ad un codice della ragion pratica. Un tale codice sarebbe la raccolta e la formulazione esplicita delle regole e delle forme dell'argomentazione pratica razionale».

caso esemplare della razionalità umana⁽⁶⁰⁾. Ad esempio, come spiegare il fatto che le regole di ragione e parte delle regole fondamentali, che dovrebbero esprimere le condizioni di possibilità di ogni discorso, non valgono per quanto riguarda il diritto? Se il diritto non avesse regole proprie, queste dovrebbero valere. Ma così non è.

Vi è, poi, un'altra questione connessa. Il sistema di regole e forme dell'argomentazione giuridica elide irrimediabilmente il piano sostanziale della razionalità del discorso⁽⁶¹⁾. Un argomento è razionale non solo perché non si contraddice, è particolarmente chiaro, sincero, si è disposti a universalizzare le situazioni a cui si riferisce ecc., ma anche perché è pertinente col discorso, risulta rilevante rispetto al contesto, esprime originalità di contenuti, cioè perché ciò che sostiene risulta, non solo formalmente, razionale. E questo è quanto accade nel diritto, dove esistono regole per la rilevanza e l'ammissibilità di prove, testimoni, per l'introduzione di argomenti nuovi ecc., appunto, per impedire che vengano introdotti argomenti estranei all'economia del processo. In questo senso, l'ancoraggio del modello sillogistico alla regole e alla forme del discorso, non elimina affatto il problema dell'interpretazione. Dietro ogni variabile (come ad esempio, le variabili che esprimono i principi nel bilanciamento), si aprono problemi interpretativi che implicano sempre delle scelte da parte dell'interprete e che dovranno avvenire alla luce di criteri che possano dirsi giuridici, se si vuole parlare di correttezza giuridica. Modello sillogistico e bilanciamento sembrano, dunque, garantire più una fuoriuscita dalla razionalità giuridica che contribuire a fondarne una. Insomma, il discorso giuridico appare un caso troppo specifico per essere *solo* un caso particolare del discorso pratico generale. Da questa impostazione della tesi del "caso particolare", derivano diverse conseguenze che appaiono problematiche. Una, visto il ruolo che viene a svolgere la dogmatica, poiché permette l'accesso delle regole e delle forme del discorso pratico nel diritto, è quella di una non adeguata valutazione dell'attività che svolge la giurisprudenza nei nostri ordinamenti. I diritti vengono, infatti, a fondarsi soprattutto sull'attività giurisprudenziale. L'altra è la tesi della legge irrazionale o ingiusta. Una legge sbagliata resta pur sempre una legge. Con l'avvento dei diritti umani non sono più tanto le singole leggi a divenire ingiuste, ma gli ordinamenti. Una legge sbagliata resta, da questo punto di vista, pur sempre una legge, se passa il vaglio della corte costituzionale che esplicita i nostri parametri di giustizia condivisi. Ormai vi è un criterio di legittimità sulla cui base valutare gli ordinamenti che riconoscano o meno i diritti umani.

⁽⁶⁰⁾ È questa ad esempio una classica tesi dell'ermeneutica filosofica. Cfr. H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1960; trad. it. di G. Vattimo, *Verità e metodo*, Fratelli Fabbri Editori, Milano, 1983 (2 ed.), p. 376 ss.

⁽⁶¹⁾ Cfr. G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione*, Cedam, Padova, 1990, p. 18.

Ma torniamo ai principi. I diritti fondamentali, in quanto principi, sono "precetti ottimizzati", il che implicherebbe, sempre a livello strutturale, l'esistenza di un "precetto per la loro ottimizzazione" nel caso di conflitto⁽⁶²⁾. Si tratta di una sorta di "regola nascosta" che sancirebbe la precedenza di quel principio in quel caso concreto⁽⁶³⁾. Il che escluderebbe automaticamente il modello della sussunzione e farebbe subentrare il modello del bilanciamento, attraverso il quale i principi verrebbero ottimizzati. Anche il modello del bilanciamento, però, non sembra del tutto a posto. La tesi dell'affinità tra principi e valori comporta la tesi dell'intrinseca conflittualità dei diritti⁽⁶⁴⁾ che il bilanciamento tende a risolvere. Di qui l'idea, in caso di cumulo di principi, della "grande battaglia finale". A parte la problematicità del bilanciamento di un numero indeterminato di principi e dell'idea di pareggio (che cosa dovrebbe avvenire in questo caso?), come è possibile che questi principi siano intrinsecamente conflittuali se poi sono solidalmente validi e agiscono in solido? Quando nel bilanciamento vengono graduati, non se ne sancisce la vittoria o la caduta nella polvere, ma li si misura relativamente alle circostanze del caso, sul piano della loro storicità. Il bilanciamento, in altri termini, si conclude sempre con una riaffermazione di validità. L'idea di graduazione dei diversi principi che si ha nel bilanciamento non sembra corrispondere tanto all'idea di un conflitto in senso weberiano, che aprirebbe più ad un confronto tra vincitori e vinti. Da questo punto di vista, Habermas non ha tutti i torti. Se i principi in seguito al bilanciamento restano validi, l'opera di quantificazione non sembra tanto essere in sintonia con l'idea di uno scontro, quanto con l'idea di una ridefinizione dei confini concettuali dei diritti nel momento in cui concorrono. L'idea del conflitto, insomma, appare più fuorviante di quanto non sembri a prima vista⁽⁶⁵⁾. Anche l'idea del peso astratto non regge, per quanto così di primo acchito plausibile. Perché bilanciare ciò che è già in par-

(62) R. ALEXY, *On Structure of Legal Principles*, cit., p. 300.

(63) Di "regola nascosta" parla M.E. DE CARVALHO DANTAS, *Un approccio alla dinamica dell'applicazione di regole e principi*, trad. it. di E. Paciotti, in "Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica", 10, 2005, p. 210.

(64) T. DE DOMINGO PÉREZ, *Perché ottimizzare? Sulla base normativa del concetto di principio di Robert Alexy*, cit., trad. it. cit., pp. 206-207: «la tesi del conflitto – il pilastro della distinzione di Alexy tra regole e principi e chiave per spiegare il precetto di ottimizzazione come caratteristica interna ai principi – non è tanto il risultato di un approccio strettamente analitico-strutturale, quanto piuttosto l'esito di un approccio "conflittualista" basato su tesi normative».

(65) G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992., pp. 13-14.

tenza bilanciato, soprattutto, se è, poi, solo il peso concreto che conta? È proprio dalla mancanza di una gerarchia interna che scaturisce la necessità del bilanciamento⁽⁶⁶⁾. La formulazione della formula del bilanciamento, lasciando in ombra i contenuti dei diritti divenuti mere variabili, riduce, allora, la quantificazione ad una opera solitaria dell'interprete, ad un calcolo in solitudine, da compiersi ogni volta di nuovo come un'eterna fatica di Sisifo. Una volta sganciata dalla storicità, emerge una razionalità troppo scarna, che non risponde alle presupposizioni che continuamente si istituiscono nell'opera delle corti.

Veniamo, infine, ai diritti umani. L'universalità dei diritti si regge attraverso un'argomentazione che intreccia autonomia, consenso e democrazia sull'universalità della "teoria del discorso". Centrale è l'idea che l'universalità di diritti collegati ad una ben precisa tradizione morale possa essere fondata sulla "teoria del discorso" e sfuggire all'obiezione di circolarità, secondo cui una concezione morale non può a sua volta fondarsi su una morale. La razionalità discorsiva dotata di universalità permette di sfuggire a questa caduta argomentativa. Interessante è notare come tutti i diritti umani possano essere ricondotti alla libertà, o quale caso speciale di essa, o quali mezzi necessari alla sua realizzazione. Questo, però, da una parte, pone il problema del contenuto del diritto di libertà, che viene rinviato *tout court* alla "teoria del discorso" (cioè esternamente alla sua pratica che ne costituisce la sua giuridicità), dall'altra, quello di quali altri diritti siano possibili in questo modello. Ciò significa che, se anche i diritti sociali e gli altri diritti di terza e quarta generazione venissero presi in considerazione, essi, o potrebbero contribuire, al pari degli altri, a definire il concetto di libertà e, allora, saremmo forse al di fuori di una concezione liberale della libertà, o resterebbero fuori, e allora non è più vero che siamo riusciti a fondarne l'universalità perché, qualora determinati valori fossero esclusi *a priori* da questo sistema di diritti, non è più vero che tutti potrebbero acconsentirvi. Infatti, una volta riconosciuto il carattere di priorità dell'autonomia, non è più vero che tutti i partecipanti al discorso si trovano su un piano di parità e viene a contraddirsi il postulato dell'universalità. Da questo punto di vista, una volta riconosciuto il carattere liberale della nostra giustificazione, dobbiamo concludere o che la concezione liberale non è sufficiente, perché non riesce a spiegare tutti i diritti, o che non è più liberale, perché, una volta inclusi, è divenuta qualcosa di diverso da quel che doveva essere.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. *ivi*, p. 170.

ABSTRACT

This text intends to analyse the attempt of Robert Alexy's discourse theory to found the rationality of law, and, in particular, to extend the rationality question to the field of rights. According to this analysis, this text shows how the idea of having recourse to an "external" rationality of law, beyond its practice and its historicity, raises problems with regard to the application of law, to the balancing of principles, and to the building of human rights universality.

Questo testo intende analizzare il tentativo della "teoria del discorso" di Robert Alexy di fondare la razionalità del diritto, e, in particolare, di estendere la questione di razionalità al campo dei diritti. Alla luce di questa analisi esso mostra come l'idea di far ricorso ad una razionalità "esterna" al diritto, al di là della sua pratica e della sua storicità, crei dei problemi sia in relazione all'applicazione del diritto, sia in relazione al bilanciamento dei principi, sia in relazione alla costruzione dell'universalità dei diritti umani.