GIUGNO 2017

XVII. 2017/1

diritto & questioni pubbliche

DISORDINE DELLE FONTI E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

XVII. 2017/1

DIRITTO & QUESTIONI PUBBLICHE | XVII, 2017 / 1 (giugno)
RIVISTA DI FILOSOFIA DEL DIRITTO E CULTURA GIURIDICA

COMITATO EDITORIALE
Direzione
Giorgio Maniaci (Palermo), Giorgio Pino (Palermo), Aldo Schiavello (Palermo)

REDAZIONE
Marco Brigaglia (coordinamento), Maria Giulia Berardini, Giulia Borgna, Francesca Ciulla, Maria Ferrara, Nicola Gullo, Dario Ippolito, Fabrizio Mastromartino, Andrea Merlo, Paola Parolari, Eileen Quinn, Giuseppe Rocché, Serena Romano, Giulia Sajeva, Valeria Vita, Matija Žgur

COMITATO SCIENTIFICO
Manuel Atienza (Alicante) – Mauro Barberis (Trieste) – Juan Carlos Bayon (Autónoma de Madrid) – Roberto Bin (Ferrara) – Bruno Celano (Palermo) – Pierluigi Chiassoni (Genova) – Paolo Comanducci (Genova) – Pasquale De Sena (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano) – Enrico Diciotti (Siena) – Jordi Ferrer (Girona) – Riccardo Guastini (Genova) – Mario Jori (Milano) – Claudio Luzzati (Università di Milano Statale) – Pierpaolo Marrone (Trieste) – Tecla Mazzarese (Brescia) – Claudio Michelon (Edinburgh) – José Juan Moreso (Barcellona, Universitat Pompeu Fabra) – Pablo Navarro (Córdoba) – Luca Nivarra (Palermo) – François Ost (Université Saint-Louis, Bruxelles) – Gianluigi Palombella (Parma) – Roberto Pardolesi (Luiss, Roma) – Baldassare Pastore (Ferrara) – José Luis Pérez Triviño (Barcellona, Universitat Pompeu Fabra) – Anna Pintore (Cagliari) – Luis Prieto Sanchís (Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo) – Cristina Redondo (Genova) –Michel Rosenfeld (Cardozo School of Law, New York) – Giovanni Sartor (Bologna e European University Institute, Firenze) – Marc Van Hoecke (Ghent) – Josep Maria Vilajosana (Barcellona, Universitat Pompeu Fabra) – Vittorio Villa (Palermo) – Francesco Viola (Palermo) – Giuseppe Zaccaria (Padova) – Gianfrancesco Zanetti (Modena-Reggio Emilia)

© 2017, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo

www.dirittoequestionipubbliche.it

ISSN 1825-0173

Progetto grafico e impaginazione rospeinfrantumi

DISORDINE DELLE FONTI E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

DISORDER OF LEGAL SOURCES AND PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Diritto & Questioni Pubbliche
XVII 2017/1 (giugno)

MONOGRAFICA **/ 1**

DISORDINE DELLE FONTI DEL DIRITTO (INTER)NAZIONALE E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

A CURA DI TECLA **MAZZARESE**

DISORDINE DELLE FONTI DEL DIRITTO (INTER)NAZIONALE E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI.

UN'INTRODUZIONE

TECLA **MAZZARESE**

&dq

Disordine delle fonti del diritto (inter)nazionale e tutela dei diritti fondamentali. Un'introduzione

Disorder of (Inter)national Legal Sources and Protection of Fundamental Rights. An Introduction

TECLA MAZZARESE

Professore ordinario di Filosofia del Diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia
Email: tecla.mazzarese@unibs.it

DIRITTO & QUESTIONI PUBBLICHE | XVII, 2017 / 1 (giugno) | pp. 7-12

© 2017, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
Tutti i diritti sono riservati.

Disordine delle fonti del diritto (inter)nazionale e tutela dei diritti fondamentali. Un'introduzione

TECLA MAZZARESE

Ricordando Stefano Rodotà
e il suo impegno, rigoroso e appassionato,
per il "diritto ad avere diritti"

A partire dalla fine degli anni quaranta del novecento, a conclusione della seconda guerra mondiale, il processo di positivizzazione e internazionalizzazione di un catalogo dei diritti fondamentali dà inizio ad un progressivo cambiamento dei tratti distintivi (i) del diritto internazionale e del diritto interno dei paesi che (pur nelle specifiche peculiarità di riformulazioni non coincidenti) ne includono il catalogo nella propria costituzione, e, non meno significativamente, (ii) dei rapporti fra il diritto interno di tali paesi e il diritto internazionale, o, più precisamente, fra diritto interno, diritto internazionale e le nuove forme di diritto regionale che, anche ma non solo in tema di diritti fondamentali e della loro tutela giudiziale, si vanno affermando prima in Europa (area in relazione alla quale si incentrano i contributi di Giulio Itzcovich e di Paola Parolari) e in America latina (area alla quale è dedicato invece il contributo di Andrés Rossetti) e poi in Africa, Asia e nei Paesi arabo-musulmani. Così, a partire dalla fine degli anni quaranta del novecento, cominciano a svilupparsi nuove forme di produzione giuridica (inter)nazionale di carattere *legislativo* – l'insieme sempre più complesso e plurale del diritto interno, regionale e internazionale dei diritti fondamentali – e di carattere *giurisprudenziale* – le decisioni, non sempre concordi nonostante il tentativo di dialogo, di un crescente numero di corti regionali e internazionali accanto e oltre a quelle delle corti nazionali – che condizionano, l'una e l'altra, una trasformazione (lenta e incerta nel suo sviluppo ma) sempre più radicale nelle forme di individuazione e applicazione giudiziale del diritto.

Una trasformazione sempre più radicale alla quale, dopo la conclusione della guerra fredda, contribuisce una proliferazione quantitativamente e qualitativamente inedita di forme di *lex mercatoria* e, più in generale, di *soft law* (tema, questo, sul quale si incentra in particolare il contributo di Baldasarre Pastore).

Ad oggi antagonisti più che complementari, diritto (inter)nazionale dei diritti fondamentali e principi del costituzionalismo (inter)nazionale per un verso, e, per altro verso, *lex mercatoria* e regolamentazione da parte dei privati di economia e finanza, indipendentemente dalle loro (attuali) divergenze e dalle loro (intrinseche) differenze riguardo alle rispettive modalità di produzione e ai rispettivi destinatari,

nella molteplicità delle loro espressioni individuano (come sottolineo nel mio contributo) i due principali fattori di interferenza con l'autonomia del legislatore nazionale e con la supremazia delle sue scelte; i due fattori principali, cioè, dell'attuale crisi del sistema delle fonti del diritto che condiziona dubbi, interrogativi e nuovi problemi di carattere teorico, interpretativo e politico.

In particolare, sotto un *profilo teorico*, si pone l'interrogativo dei termini nei quali ripensare e/o ridefinire l'apparato concettuale otto-novecentesco che ruota intorno alla caratterizzazione del diritto come ordinamento e all'assunto della sua identità e unità (completa e coerente). In altri termini, riprendendo l'espressione suggerita nel contributo di Giulio Itzcovich (peraltro già precedentemente utilizzata in ITZCOVICH 2005), si pone l'esigenza (concettuale e teorica) di tener conto e di render conto dell'attuale processo di progressivo "disordinamento giuridico".

E ancora, sotto un *profilo interpretativo*, come rileva il contributo di Baldassare Pastore, si manifesta l'urgenza di una ricognizione organica delle conseguenze che comportano le nuove forme di produzione giuridica (le nuove fonti) tanto sull'individuazione quanto sull'applicazione giudiziale del diritto. Nella sempre più manifesta asistematicità delle nuove forme di produzione giuridica, l'applicazione giudiziale del diritto – prima ancora di essere influenzata da soggettive inclinazioni ideologiche e/o da pretese pulsioni di protagonismo (politico o mediatico) – è infatti condizionata dall'assenza di una qualsivoglia regimentazione (gerarchica) delle nuove fonti che lascia il giudice in balia della sua discrezionalità. In particolare, di una discrezionalità "sconfinata" che è subita più che cercata perché, come stigmatizza Stefano Rodotà

> «[mentre le] omissioni del legislatore, [...] frutto di una scelta politica, possono non essere sanzionate, se non nei modi della politica [, il] giudice, invece, si trova di fronte al problema della denegata giustizia, dell'inammissibilità del *non liquet*. [...] [Q]uesto tema classico deve essere ripensato in un contesto nel quale le dinamiche innescate da diversi fattori [...], fanno affluire davanti al giudice molte e impellenti domande sociali, che si aggiungono a quelle che lo stesso legislatore ha trasferito alla magistratura, con un consapevole e silenzioso processo di delega che in molti casi la costituisce come "pattumiera dei conflitti sociali"» (RODOTÀ 2012, 60).

Infine, ma non certo per importanza, sotto un *profilo politico* si giustifica la preoccupazione per i rischi che possono derivare da prassi giurisprudenziali e nuove forme di produzione giuridica sempre più indifferenti ai principi cardine degli stati (costituzionali) di diritto: il principio della separazione dei poteri, il principio di (stretta) legalità e, quindi, della stessa certezza del diritto. Rischi che non possono essere sbeffeggiati da chi come Paolo GROSSI (2016, 7) irride «i giuristi del gregge positivista» per la loro attenzione alla centralità della legge, della certezza del diritto e dello stesso principio di legalità. Per quanto autorevole esponente di quello stigmatizzato da Grossi come "gregge giuspositivista", non si

può infatti non condividere il significato ultimo della tesi di Norberto BOBBIO (1951) secondo cui la certezza fa parte della grammatica stessa del concetto di diritto (un diritto che non sia certo, secondo Bobbio, non è diritto). D'altra parte, per quanto non possono essere ignorati, al tempo stesso, i rischi in discussione non devono neppure essere drammatizzati né radicalizzarti. L'esigenza di ripensare e ridefinire categorie concettuali che consentano di render conto di nuove forme di pluralismo giuridico e/o di interlegalità oggi si rivela infatti necessaria per confrontarsi con le continue trasformazioni della realtà, i continui cambiamenti sociali e i nuovi bisogni non sempre riconducibili a schemi legati a un contesto storico, politico ed economico ormai radicalmente diverso da quello in cui, in età moderna, si sono andati configurando i tratti distintivi del diritto nazionale interno e del diritto internazionale.

I contributi qui raccolti (ad eccezione di quello di Giulio Itzcovich, presentati o, comunque, discussi a Brescia, nell'ambito del ciclo di seminari *Disordine delle fonti del diritto (inter)nazionale e tutela dei diritti fondamentali* per il corso di Teoria e Tecnica dell'interpretazione giuridica dell'anno accademico 2015-2016) si propongono di offrire un primo contributo a un tema non solo manifestamente complesso e plurale ma soprattutto ancora scarsamente indagato nella letteratura di filosofia e teoria del diritto.

Un tema ancora raramente oggetto d'attenzione da parte di filosofi e teorici del diritto forse perché condividono la posizione di chi, come Giuseppe De Vergottini, dopo aver decretato (i) l'ovvia «banalità» del «fatto che ci muoviamo in uno spazio "globale" in cui interagiscono soggetti e interessi privati e pubblici», (ii) la manifesta insufficienza della «tradizionale visione dell'ordinamento internazionale come realtà in cui si muovono soltanto gli stati e le organizzazioni internazionali tradizionali classiche», e (iii) l'esistenza di «uno spazio giuridico (globale) in cui si muovono soggetti in parte nuovi, con rapporti che si regolano a prescindere dai meccanismi tradizionali del diritto internazionale», sorprendentemente contesta che «concetti tradizionali dell'armamentario del giuspubblicista, quali sovranità, territorio, gerarchia di ordinamenti e fonti, siano da considerarsi non più determinanti nell'analisi dei fenomeni giuridici» e sbalorditivamente conclude che «in larga parte il concetto di globalizzazione per il diritto pubblico è privo di utilità e non ha alcuna rilevanza sulle categorie che abitualmente utilizziamo» (De Vergottini 2006, 7).

Pavia, 2 giugno 2017

Riferimenti bibliografici

BOBBIO N. 1951. *La certezza del diritto è un mito?*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 28, 1951, 146 ss.

DE VERGOTTINI G. 2006. *Garanzia della identità degli ordinamenti statali e limiti della globalizzazione*, in AMATO C., PONZANELLI G. (eds.), Global Law v. Local Law. *Problemi della globalizzazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 2006, 6 ss.

GROSSI P. 2015. *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015.

ITZCOVICH G. 2005. *Integrazione giuridica. Un'analisi concettuale*, in «Diritto pubblico», 9, 2005, 749 ss.

RODOTÀ S. 2012. *Il diritto ad avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

SUL DISORDINE DELLE FONTI DEL DIRITTO (INTER)NAZIONALE

BALDASSARE **PASTORE**

&dq

Sul disordine delle fonti del diritto (inter)nazionale

On the Disorder of Sources of (Inter)National Law

BALDASSARE PASTORE

Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Ferrara
Email: psb@unife.it

ABSTRACT
L'articolo tratta della crisi del sistema delle fonti del diritto. Il diritto contemporaneo si caratterizza per la sua complessità. La pluralità delle fonti oscura il loro ordine gerarchico. I processi di produzione giuridica dipendono sempre più dalla presenza di soggetti, pubblici e privati, che entrano nel "gioco giuridico" e che sono dislocati in un *continuum* che va dal locale al globale. Si realizza, riguardo alle decisioni giuridiche, un'interazione tra il livello statale, quello sovranazionale e quello transnazionale. Il diritto si fa costantemente a partire da materiali vari e non coordinati, attraverso l'articolazione di fonti di origine e autoritatività differenziate, in un contesto destrutturato, frammentato, fluido, reticolare. Le fonti si pongono come risorse ufficiali dalle quali gli interpreti traggono le norme da applicare ai casi concreti. Individuazione delle fonti e interpretazione sono connesse all'interno delle dinamiche della positivizzazione giuridica.

The paper deals with the crisis of the system of legal sources. Complexity characterizes contemporary law. The plurality of sources obscures their hierarchical order. The law-making process depends ever more on the presence of public and private subjects that participate in the "legal game" within a *continuum* that runs from the local to the global. There is an interaction between the state-level, the supranational-level, the transnational-level of legal decisions. Law forms and transforms itself by means of various and disjointed materials. It works through the articulation of sources of several origins and authoritativeness, in an unstructured, fragmentary, fluid context with a network frame. The sources are official resources from which interpreters draw rules to apply to concrete cases. Identification of legal sources and interpretation are linked in an on-going dynamic of positivization.

KEYWORDS
Fonti del diritto, rete, complessità del diritto, positivizzazione giuridica, interpretazione

Sources of law, network, complexity of law, legal positivization, interpretation

© 2017, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
Tutti i diritti sono riservati.

Sul disordine delle fonti del diritto (inter)nazionale

BALDASSARE PASTORE

1. *La destrutturazione del sistema* – 2. *Un assetto reticolare* – 3. *L'individuazione delle fonti.*

1. *La destrutturazione del sistema*

Le trasformazioni da tempo intervenute nello scenario giuridico richiedono un ripensamento del tema delle fonti. Tale scenario si caratterizza per il venir meno del sistema delle fonti: un sistema avente proprie regole, una sua geometria, punti sicuri, una differenziazione di efficacia formale, costituente un dato indiscusso per i giudici e, in generale, per gli applicatori del diritto[1].

Il paesaggio giuridico è segnato da fenomeni di moltiplicazione e de-tipizzazione delle fonti[2] che disarticolano l'edificio "neoclassico" costruito sulle linee semplici e regolari di un insieme normativo fondato sulla legge[3]. L'introduzione di costituzioni rigide rappresenta uno dei fattori più rilevanti di crisi del sistema delle fonti[4].

Guardando al diritto italiano, quello costituzionale si pone come un nuovo livello che riscrive la gerarchia delle fonti consegnataci dall'art. 1 disp. prel. cod. civ.[5]. Ma la Costituzione è anche disciplina delle fonti: le produce, le conforma e le condiziona, mettendone in crisi la tradizionale configurazione lineare. Determina rapporti tra gli atti normativi che non possono essere letti attraverso la sola visuale gerarchica.

La Costituzione italiana configura plessi normativi policentrici e reca con sé il germe dello sgretolamento della gerarchia, affiancando (ma anche sostituendo) ad essa, come criterio ordinatore delle fonti, la competenza, che meglio sembra rispondere al pluralismo istituzionale dei centri di produzione giuridica, in quanto idonea a tutelare un atto normativo nei confronti delle "invasioni" di altri atti normativi[6].

[1] CARLASSARE 2008, 536 s.
[2] GROSSI 2015, 79-81.
[3] SILVESTRI 1987, 149.
[4] BIN, PITRUZZELLA 2012, 17 ss. e 21 ss.
[5] MODUGNO 1997, 564 s.; PALADIN 1996, 30 ss.; PIZZORUSSO 2011, 315-352.
[6] MODUGNO 1997, 567; SORRENTINO 2004, 2. Come è noto, l'istituzione di una serie di atti collocati accanto alla legge formale è all'origine della comparsa, ad opera della dottrina costituzionalistica italiana, dell'idea di competenza, che invero non esclude quella di gerarchia. Cfr. CRISAFULLI 1993, 232-234. Sugli intrecci fra gerarchia e competenza cfr. CARLASSARE 2008, 559-561.

Si assiste ad una disarticolazione dei "tipi" di atti normativi in una varietà di figure aventi caratteri peculiari, non riconducibili ad uno schema generale omogeneo quanto a forma, efficacia attiva, resistenza passiva[7].

Il "livello costituzionale" vede la presenza: a) di princìpi "supremi", fondamentali e inderogabili, che operano come limite alla revisione costituzionale e come parametro di legittimità ordinamentale[8]; b) del testo della Costituzione, modificabile, laddove non esprime alcun principio supremo, con legge di revisione; c) di leggi costituzionali previste dalla Costituzione stessa o a cui essa fa espresso rinvio.

Al "livello primario", il fenomeno della pluralizzazione delle fonti introdotta dalla Costituzione riguarda: a) le leggi formali del Parlamento; b) le fonti a competenza costituzionalmente riservata (regolamenti parlamentari, regolamenti degli altri organi costituzionali); c) gli atti legislativi dell'Esecutivo (decreti legislativi delegati, decreti-legge). Alla pluralizzazione delle figure normative, in astratto collocate sullo stesso livello, si aggiunge la "scissione", la rottura dell'unitarietà della stessa figura della legge in tipi caratterizzati da varianti sia formali sia sostanziali[9]. Non vanno dimenticate, inoltre, a seguito della creazione della garanzia giurisdizionale della costituzionalità delle leggi, le sentenze abrogative della Corte costituzionale, il cui effetto normativo è pari a quello di una norma imposta dalla legge ordinaria, ma anche quelle "additive" e "sostitutive"[10]. Si ha a che fare, inoltre, con altre fonti "nuove", istituite dalla Costituzione, quali il referendum abrogativo e le leggi regionali[11].

Il "livello secondario", all'interno dell'impianto gerarchico del sistema delle fonti, accoglie i regolamenti del Governo e delle "altre autorità"[12]. Tali fonti sarebbero dotate di forza attiva e forza passiva minori di quelle della legge, trovando la loro qualificazione in un rapporto con la legge riassunto nella formula del principio di legalità, che rinvia alla necessità di una attribuzione legislativa di potere normativo e alla configurazione della legge come parametro di legittimità del regolamento, in quanto atto subordinato. Invero, però, le fonti secondarie presentano una tipologia assai variegata e complessa. Anche qui si assiste ad una loro pluralizzazione; ad una dissociazione dell'efficacia normativa attiva e passiva; ad una specializzazione del singolo atto, con riferimento alla materia su cui incide, e che ne mette in crisi l'unita-

[7] MODUGNO 1997, 571 ss.; BOMBARDELLI 2015, 998 ss.

[8] Si tratta, propriamente, di princìpi di costruzione giurisprudenziale. Cfr., in proposito, la sentenza della Corte costituzionale italiana n. 1146/1988.

[9] MODUGNO 1997, 575-579. Cfr. anche CARLASSARE 2008, 555; BIN, PITRUZZELLA 2012, 18-21.

[10] Cfr. GUASTINI 1998, 494-511; LIPARI 2008, 78-85. Sull'ascrivibilità delle decisioni di incostituzionalità al novero delle fonti v. PARODI 2012, 389-393.

[11] Riguardo agli effetti provocati sul sistema delle fonti dall'introduzione dell'autonomia regionale cfr. BIN, PITRUZZELLA 2012, 21 s.

[12] Cfr. gli artt. 3 e 4 delle disp. prel. cod. civ., relativi ai regolamenti e ai limiti della disciplina regolamentare.

rietà tipologica[13]; ad una differenziazione qualitativa ed espansione quantitativa; ad una crescente differenziazione formale e sostanziale; ad un operare a livelli normativi precedentemente affidati in modo ampio a fonti primarie[14]. La stessa legge, talvolta, attribuisce a tali fonti il compito di completare la regolamentazione da essa prodotta, configurando un rinvio, mancando il quale, la stessa legge è incompleta e inapplicabile. Alcuni regolamenti, poi, sono atti espressivi di poteri normativi per nulla armonizzati con gli atti governativi e, spesso, neppure con la legge, come nel caso dei regolamenti delle autorità indipendenti[15]. Tali regolamenti spesso sono adottati in assenza di chiari indirizzi legislativi e acquistano la natura di fonti di rango primario, produttivi di modifiche delle norme legislative e idonei a disciplinare materie non trattate dalla legge[16].

La gerarchia, dunque, si mostra incapace di rendere conto dell'articolazione pluralistica delle fonti (interne), sempre più caratterizzate da ambiti di competenza propri. Anche l'emergere di altre fonti (esterne), però, erode l'ordine gerarchico. Il riferimento va all'ingresso di norme di centri di produzione normativa "altri": sovranazionali e transnazionali[17].

L'irrompere delle fonti del diritto dell'Unione europea infrange il monopolio costituzionale della disciplina delle fonti primarie e produce effetti sull'intero diritto nazionale, fornendo discipline che, in vaste aree e sempre più, sostituiscono la legislazione nazionale o la vincolano a fini imposti[18]. Laddove il diritto dell'Unione europea, entrando nel nostro diritto, diventa direttamente applicabile, esso prevale sulle fonti interne confliggenti (anche quelle di rango costituzionale), derogandole, a meno che non sia in contrasto con i princìpi supremi (in primo luogo quelli che vertono sui diritti inviolabili). In tal modo, le norme UE, che vengono ad essere configurate quali norme di rango para-costituzionale, innestandosi sul diritto interno, determinano una significativa alterazione nella struttura gerarchica delle fonti, in base a condizioni di validità ed efficacia che lo stesso diritto dell'Unione europea predefinisce. Esse derogano alle norme sulla produzione legislativa che la Costituzione fissa. Trova, qui, una significativa applicazione il criterio di competenza[19]. In più, il controllo sulla retta interpretazione e applicazione delle norme europee, attribuito alla Corte di giustizia ed effettuato in sede di rinvio pregiudiziale

[13] MODUGNO 1997, 580.

[14] IACOVELLI 2004, 193 ss.

[15] MODUGNO 1997, 580-583. Sui cambiamenti intervenuti nelle fonti regolamentari, in connessione con il più generale processo di trasformazione del sistema di produzione giuridica, che determina, non raramente, l'allentarsi fino all'estremo del vincolo della legge, cfr. CARLASSARE, VERONESI, 2001, 951-984.

[16] Si veda, in proposito, LIPARI 2008, 162 s.

[17] Cfr. PASTORE 2014, 23-25.

[18] Invero, come è noto, è la stessa Costituzione italiana (con l'art. 11, prima ancora che con il novellato primo comma dell'art. 117) che prevede esplicitamente l'apertura al diritto comunitario, oggi dell'Unione europea.

[19] GUASTINI 2011, 300 s.

ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'UE (ex art. 234 del Trattato CE), ha ricadute rilevanti sul diritto interno, che, da un lato, deve essere interpretato in conformità al diritto UE, dall'altro è sottoposto al controllo diretto di tale Corte, chiamata a verificare la compatibilità delle norme interne alla stregua del diritto europeo, con il vincolo del giudice nazionale a disapplicare il diritto interno ritenuto dalla Corte incompatibile con quello europeo[20].

Un ulteriore fattore mette in crisi l'impostazione tradizionale delle fonti del diritto. Si tratta della creazione di centri di produzione normativa non previsti ed estranei al testo costituzionale e tuttavia efficaci e suscettibili di condizionare il comportamento di soggetti pubblici e privati[21]. Il fenomeno rinvia ai processi di internazionalizzazione e globalizzazione, che fanno emergere un diritto transnazionale completamente estraneo alla *ratio* della sovranità e sostanzialmente indifferente nei confronti dei confini statali[22]. Tale diritto è prodotto privatamente ed è privo di radicamenti territoriali. Ne è esempio peculiare la nuova *lex mercatoria* quale assetto di regole commerciali, insieme di misure giuridiche prevalentemente contrattuali, decisioni prodotte dai grandi arbitrati internazionali attraverso cui viene risolta la gran parte dei conflitti che insorgono con riguardo agli atti negoziali transnazionali[23]. La *lex mercatoria* trova riconoscimento nell'ambito interno, quasi come una fonte autonoma proveniente da un plesso normativo separato[24], sicché il momento "esterno" viene vieppiù a fondersi con i procedimenti nazionali di produzione giuridica[25]. Il quadro normativo interno, così, è il risultato *in fieri* di continue combinazioni e integrazioni normative. In esso si afferma un *corpus* giuridico legato all'intensificarsi delle interdipendenze connesse a processi di "destatualizzazione", che escludono (e rendono impossibile) ogni chiusura autoreferenziale del diritto.

In questa prospettiva, va segnalata anche la *lex informatica*, come esempio di diritto che non insiste su un territorio ma agisce su una rete di relazioni che copre l'intero pianeta. Le nuove tecnologie informatiche e la "svolta digitale" fanno emergere un quadro, incerto, instabile e dunque disordinato, che vede la presenza di molteplici fonti regolatorie operanti in un contesto "globale", le cui ricadute, però, interessano gli specifici ambiti "locali"[26].

I diritti nazionali si aprono inevitabilmente, con sempre maggiore frequenza, ad un diritto di formazione transnazionale che incide direttamente nei singoli ambienti nazionali. La sfera di competenza esclusiva degli Stati risulta ridotta e ciò per effetto

[20] LIPARI 2008, 112 s.; SORRENTINO 2013, 48 s. In generale v. CELOTTO 2003. Cfr. inoltre CANNIZZARO 2015; RUGGERI 2015.
[21] SORRENTINO 2004, 9.
[22] BESSON, TASIOULAS 2010, 2-13; RICHARDS 2012.
[23] Cfr. FERRARESE 2008, 60-65. Si veda altresì PIZZORUSSO 2011, 32-34, 739-746, 764-766.
[24] GALGANO 2001, 229-245.
[25] SORRENTINO 2004, 10.
[26] Per un'analisi di tale fenomeno, invero complicato, si veda MAESTRI 2015.

dell'esercizio reale di funzioni di regolazione da parte delle istituzioni internazionali e transnazionali in molti campi prima caratterizzati dal dominio riservato statale. Tale dinamica si connette al declino dell'impenetrabilità delle frontiere degli Stati, superando il dogma della loro sovranità.

Va detto, comunque, che la soluzione del problema riguardante la capacità a ricevere concreta e stabile attuazione del diritto "oltre lo Stato" non può non passare attraverso gli operatori giuridici interni, in primo luogo i giudici[27].

Si va disegnando, dunque, un complesso giuridico poroso, pluralistico, dotato di una inerente polinormatività: un *pluriverso*, caratterizzato da coesistenze, interferenze, condizionamenti reciproci tra settori e livelli normativi di diversa origine, che possono generare sia una stratificazione virtuosa, nella direzione del dialogo, del coordinamento e dell'armonizzazione, sia il rischio di conflitti e contraddittorietà[28]. In ogni caso, entro questa complessa dinamica, «prendono corpo e si svolgono processi di mutua alimentazione semantica (e, perciò, di *paritaria* integrazione interordinamentale)» che, a doppio verso, vanno dal diritto interno al diritto sovranazionale (ed internazionale), e viceversa[29].

Il confronto tra plessi normativi, nel *continuum* tra diritto *infranazionale* e diritto *ultranazionale*, mette in moto meccanismi in forza dei quali l'operatore si trova ad applicare la regola tratta da una o l'altra fonte considerata maggiormente idonea a soddisfare le esigenze avanzate dal caso.

2. *Un assetto reticolare*

L'insieme delle fonti, dunque, risulta caratterizzato in senso altamente plurale e complesso[30]; non più espressione di un fluire normativo uniforme che parte da un unico centro di autorità[31], ma risultato di interrelazioni instabili fra molteplici tipi di autorità, o pretese di autorità, situati in differenti luoghi o in differenti processi all'esterno e all'interno dello Stato stesso[32].

[27] Con riferimento specifico al diritto internazionale, cfr. CONFORTI 1997, 8 ss. La questione si lega, tra l'altro, ad una caratteristica dell'ordinamento internazionale, consistente nella carenza di esecutività delle sentenze internazionali. Sul punto v. CONDORELLI 2011, 174-176.

[28] Cfr. BIN 2015, 21-32; RUGGERI 2015, 180-186; SORRENTINO 2013, 487-493, 495-497.

[29] RUGGERI 2001, 559 (nota 36).

[30] GUASTINI 1998, 163-167; FERRAJOLI 2007, 458-461; PERLINGIERI 2005, 189-196. Sulla complessificazione della produzione normativa e delle relative fonti nel settore del diritto privato italiano cfr. SCALISI 2009, 56 ss., 62 ss., 69 ss., 75 ss. Con riferimento al diritto penale, v. BERNARDI 2011, 547 ss., 552 ss.; PALIERO 2014, 1104 ss., 1109 ss., 1112-1116. In rapporto al diritto amministrativo, si veda BOMBARDELLI 2015, 992 ss., 1003 ss., 1017 ss.

[31] Una rassegna dei più significativi fatti critici che interessano il sistema delle fonti in Italia è fornita da GENINATTI SATÈ 2005, 885-944.

[32] VIOLA 2011, 144.

Si ha a che fare con un arcipelago mobile di fonti in competizione tra loro[33]; condizionato da percorsi di regolazione impressi da punti diversi, che vedono la partecipazione di soggetti plurimi, esterni ed interni al diritto nazionale; caratterizzato da grande fluidità, variabilità, instabilità; che consegue equilibri provvisori[34]. L'interprete è chiamato a svolgere il suo ruolo in un contesto spesso caotico, disordinato, che può presentare antinomie tra fonti provenienti da centri di produzione diversi e dove vari organi concorrono alla creazione della norma. Sono all'opera, qui, sistemi regolatori diversi, spesso giustapposti, non sottoposti ad alcuna gerarchia, che rendono impossibile determinare in modo netto il confine tra le fonti, ma che necessitano tuttavia di coordinamento, al fine di risolvere i conflitti. Entrano in gioco, pertanto, regole di coesistenza, raccordi, mancando criteri stabiliti che disciplinino i loro rapporti reciproci. Tale vuoto è riempito dagli interpreti[35].

Inoltre, talvolta, si è in presenza di "gerarchie aggrovigliate", nelle quali «l'organo inferiore, che secondo la logica gerarchica dovrebbe svolgere una funzione meramente passiva, contribuisce, insieme con l'organo superiore, alla creazione della norma»[36].

Invero, il sistema delle fonti, con la sua ordinazione gerarchica, serve tipicamente a evitare e, qualora emergano, a risolvere i contrasti tra norme. Però, la gerarchia delle fonti, collocata a pilastro portante dell'edifico della modernità giuridica ed espressione di una configurazione verticale centrata sulla legge (presupposto *formale* della razionalizzazione del diritto), perde i suoi riscontri sul piano dell'effettività. Le relazioni gerarchiche tra fonti e/o tra norme sono determinate in misura preponderante dalle attività interpretative dei giuristi e degli organi dell'applicazione[37].

Lo scenario che abbiamo di fronte revoca in dubbio ogni visione verticistica del diritto, incentrata sulla volontà del produttore della norma e sul suo atto di produzione, che si lega alla supremazia della legge. Viene meno la centralità di quel principio ordinatore, per cui una fonte ha prevalenza su un'altra, che produce una rappresentazione del sistema come una "piramide": metafora di quella "verticalità gerarchica" che ha sicuramente avuto una preminenza storica e culturale, conferendo organicità e compattezza al sistema delle fonti, ma che oggi, in presenza di scalini della piramide affollati e sconnessi, appare sempre meno esauriente e neppure possibile[38]. Le trasformazioni delle organizzazioni giuridiche travolgono la piramide, simbolo architettonico di un ordine che colloca i rapporti tra gli atti normativi lungo linee ascendenti e discendenti[39].

[33] La metafora dell'arcipelago è utilizzata da TIMSIT 1997.
[34] BERTI, 2003, 461-477; BRECCIA 2006, 372, 376, 380 s.; ZACCARIA 2012, 46, 48-50, 56 s.
[35] Si rinvia, sul tema, a CASSESE 2009.
[36] Così OST 2008, 32.
[37] PARISI 2012, 9-11, 255 s., 261-266; PINO 2014, 7-10, 61-64.
[38] MODUGNO 1997, 563; BIN 2013, 8-12, 16 s.
[39] L'immagine della piramide definisce la struttura dell'ordine giuridico e trova nella teorizzazione

La proliferazione e la frammentazione delle fonti, il policentrismo normativo[40] e l'osmosi tra insiemi normativi (nazionale, sovranazionale, internazionale) impediscono ogni lettura del fenomeno giuridico secondo schemi gerarchici. La piramide tende a sgretolarsi. Solo una parte del diritto odierno trova spiegazione sulla base di tale modello. Si sente l'esigenza di cambiare paradigma. Assume consistenza quello della "rete"[41], che rinvia ad una realtà caratterizzata dalla interconnessione tra vari soggetti e posizioni, in un gioco di reciproci intrecci, condizionamenti e integrazioni[42]. L'emersione di tale paradigma, invero, non implica la sparizione del vecchio modello: entrambi sono compresenti e complementari. La rete, però, consente di evidenziare nuove dinamiche di funzionamento delle organizzazioni giuridiche, caratterizzate da una condizione di relatività generalizzata. Lo Stato non è più la fonte esclusiva della sovranità, che, peraltro, si dispiega su vari livelli, in relazione ai poteri pubblici (infrastatali, statali e sovrastatali), e si redistribuisce anche tra poteri privati; la volontà del legislatore non è più assunta come un dogma; le frontiere del fatto e del diritto si confondono; i poteri interagiscono; le delegazioni del potere normativo si moltiplicano; si amplia il ruolo creativo della giurisprudenza; la giustizia si coglie sempre più in termini di bilanciamento di interessi e valori, diversi e variabili; emergono nuovi soggetti e nuovi "oggetti" giuridici; la positivizzazione giuridica risulta dall'attività di una pluralità di autori-interpreti intenti ad adattare i testi giuridici alla particolarità dei vari contesti applicativi.

La rete implica la presenza di una trama costituita da fili e da nodi, uniti tra di loro da legami, che assicurano interconnessioni. Si tratta di "strutture aperte", caratterizzate da intrecci di relazioni intercorrenti tra gli elementi, senza che si possa stabilire un punto di partenza obbligato o un'unica via d'accesso. Il movimento interno alla struttura assume una dimensione non lineare e interrelata. La coordinazione tra nodi si affianca ad una certa instabilità di questi stessi nodi, dal momento che si determinano cambiamenti continui ed equilibri provvisori, che richiedono apprendimento permanente e aggiustamenti parziali. Questa precarietà e duttilità della struttura rende nel complesso più incerto e imprevedibile il quadro normativo[43]. Si va disegnando, dunque, un quadro giuridico transnazionale fluido, poroso, elastico, pluralistico, dotato di una inerente polinormatività.

La metafora della rete invita a spostare l'accento sul concetto di relazione. Il diritto appare come complesso di modalità relazionali e organizzative che *si fa* costantemente, nell'intreccio delle interdipendenze, attraverso flussi ermeneutici

gradualistica kelseniana la sua più chiara configurazione. Cfr. KELSEN 1945, 111 ss., 125 ss., 133 ss.; 1960, 217 ss., 251 ss.

[40] Su questo tema v. HIRVONEN (ed.) 1998. Cfr. altresì BOMBARDELLI 2015, 1003 ss.

[41] OST, VAN DE KERCHOVE 2002, 43 ss., 49 ss.; LOSANO 2005, 427-429.

[42] CASSESE 2003, 21-25.

[43] CATANIA 2008, 79.

generati da attori connessi alla rete[44]. I processi giuridici sono visti nell'ottica di un'interazione complessa e fluida di associazioni e dissociazioni di diverso grado e intensità. Il diritto, in quanto rete di flussi interpretativi e decisionali, richiede un'opera di tessitura tra i materiali giuridici, capace di individuare le relazioni significative, nel reciproco sostegno tra premesse e conseguenze.

La complessità del diritto odierno[45] conduce a ridisegnare la configurazione delle fonti. Viene in evidenza, a questo proposito, la non esaustività di ogni loro classificazione e delle modalità di produzione. Se il panorama giuridico assume sempre più una articolazione reticolare, dove interagiscono tutte le norme (di diversa provenienza), si può ben dire che la distinzione tra fonte in senso materiale e fonte in senso formale (peraltro utile a fini analitici) risulta superata. Appare estremamente difficile ricondurre le fonti a schematiche elencazioni, basate, ad esempio, sul *nomen iuris* e/o sul procedimento di formazione, ossia su un inquadramento preciso. Si è in presenza di una molteplicità di atti e fatti per mezzo dei quali vengono create, modificate, estinte norme generali e astratte e/o norme individuali e concrete[46]. Vi sono fonti "di fatto" che resistono a farsi collocare esaustivamente in un qualunque grado della gerarchia. Si ha a che fare con fonti *extra ordinem*[47], non disciplinate da disposizioni sulla produzione giuridica ma operanti sulla base del principio di effettività (funzionante esso stesso, invero, come norma sulla produzione). Il diritto può nascere non solo nelle forme prescritte, ma anche in forme diverse[48] (si tratta, appunto, delle fonti in senso materiale) rinvianti al momento decisionale-riconoscimentale connesso ai processi di positivizzazione giuridica[49], con la conseguenza che «gli atti e i comportamenti tendenti alla creazione del diritto quando raggiungono l'effetto normativo sono in ciò tutti pari e parimenti vincolanti»[50]. Nuovi atti normativi, pertanto, emergono accanto a quelli già conosciuti e considerati. Tra questi rientrano i vari tipi e le varie forme di *soft law*.

"Soft law" è espressione generalmente usata, da qualche tempo, per indicare una serie di atti, non omogenei quanto ad origine e natura, che, benché privi di effetti giuridici vincolanti, risultano comunque, in vario modo, giuridicamente rilevanti, potendosi trasformare, grazie al loro uso da parte di organi dotati di competenza normativa, in diritto immediatamente precettivo[51]. Entra in gioco, qui, un'idea di

[44] VOGLIOTTI 2007, 206-208.

[45] RUHL 2008; BOMBARDELLI 2015, 1017 ss., 1025 ss.

[46] PIZZORUSSO 2011, 171-173. Sull'utilità di una nozione ampia di "fonte del diritto", capace di render conto della molteplicità di forme che la produzione giuridica può assumere, v. MAZZARESE 2008, 219, 223.

[47] Sulle fonti *extra ordinem* v. PALADIN 1996, 447-463.

[48] SORRENTINO 2009, 24.

[49] CATANIA 2006, 11 s., 27-29, 31.

[50] Così ESPOSITO 1961, 468.

[51] Per una panoramica degli strumenti di *soft law* utilizzati negli ordinamenti giuridici contemporanei, a livello internazionale, in quello europeo e nei contesti nazionali, si rinvia a: DISTEFANO 2003; SENDEN

giuridicità che non dipende solo dalla riconoscibilità formale/procedurale della norma, ma anche dal suo essere effettiva.

All'interno della dinamica che contraddistingue il diritto contemporaneo, con la crisi del monopolio statale (più specificamente legislativo) della produzione giuridica, con la conseguente incertezza della gerarchia delle fonti, accentuata dai processi di globalizzazione[52], che instaurano rapporti multiformi e dialettici tra diversi produttori di diritto (pubblici e privati) e tra componenti formali ed informali, la giuridicità perde i connotati *hard*, propri della tradizione statualistico-positivistica, i cui tratti caratterizzanti sono rappresentati dal nesso esclusivo con la sovranità e dalla verticalità del suo assetto[53]. All'indebolimento della capacità regolativa della legislazione fa riscontro l'aumento della rilevanza di strumenti giuridici *soft*, morbidi, "fluidi", capaci di adattarsi a contesti diversi e di influenzare gli assetti presenti e futuri, restando pronti ad accogliere apporti e input che arrivano *in itinere*[54]. Si amplia, così, il concetto di regolazione sul versante della vincolatività, della determinatezza e della competenza normativa[55].

In contesti caratterizzati da pluralismo normativo, policentrismo, comunicazione osmotica e ibridazione tra ordinamenti, le tecniche di regolazione *hard* e *soft* sono utilizzate tenendo conto delle particolarità delle situazioni, e ciò rispecchia una complessa articolazione sotto il profilo della teoria delle fonti[56]. La positivizzazione giuridica, dunque, si realizza nel concorso di una varietà di tipi di regole, dotate di differenti gradi di "durezza"[57]; appare come un mosaico dinamico, costituito da molteplici tasselli, nella continua interazione tra i diversi elementi che lo compongono. Si configura come fenomeno *multiverso*, che necessita di costanti riordinamenti.

Il *soft law* entra nel processo di positivizzazione. È una fonte del diritto, nel senso che è ritenuta capace di generare, in qualche modo, regole giuridiche. È, però, una fonte "atipica".

La normatività risulta, così, non monolitica, bensì caratterizzata da un notevole tasso di gradualità. Essa si colloca lungo un *continuum*, configurato dalle diverse possibili relazioni riguardanti la vigenza e la validità dei materiali giuridici, la loro effettività, la valenza che questi assumono in sede interpretativo-applicativa, la loro cogenza, il loro indice di ottemperanza. I gradi di normatività, pertanto, sono differenti, sia nel peso sia nel valore, e ciò rinvia all'uso, all'applicabilità, all'accettazione e all'osservanza delle regole giuridiche[58]. *Soft law* e *hard law* convivono come

2004; MOSTACCI 2008; PASTORE 2014, 103-119; 2016, 167-176.

[52] CATANIA 2008, 25, 34, 83, 147, 150; ZACCARIA 2012, 48 ss., 56 ss.

[53] DI ROBILANT 2006, 499-501.

[54] FERRARESE 2002, 150, 176.

[55] Cfr. SCOTT 2006, 115-116; FERRARESE 2002, 199-200.

[56] DI ROBILANT 2006, 504 ss., 545 ss.

[57] SCOTT 2006, 109 ss., 116 s., 140 s.

[58] Sui criteri di applicabilità, la cui differenza è graduale (o, meglio, sfumata) e dipendente dalle pratiche

plessi normativi spesso intrecciati nel processo di articolazione progressiva del materiale giuridico.

3. *L'individuazione delle fonti*

In presenza di un *corpus* normativo disordinato, composto da una pluralità frastagliata ed eterogenea di fonti, diventa centrale la questione della loro individuazione, che assume una peculiare dimensione interpretativa[59]. La teoria delle fonti, così, si integra con la teoria dell'interpretazione.

Gli interpreti, di fronte ad una molteplicità di fonti, formali (consistenti in atti o fatti soggetti a condizioni definite di validità) e informali (consistenti in atti o fatti privi di forme giuridiche normativamente predisposte, dotate di un qualche grado di effettività)[60], e al loro flusso continuo e incontrollato, devono previamente individuare il "dato" cui riferire il lavoro di attribuzione dei significati. Qui il momento della scelta è rilevante e l'oggetto su cui si dirige il compito ermeneutico si afferma con efficacia di volta in volta differenziata[61]. I materiali giuridici, dunque, presentano diversi livelli di elaborazione e determinazione, che testimoniano il funzionamento "plurale", nonché "graduale", della positività[62]. La complessità dell'organizzazione giuridica, risultante da una pluralità di fonti e componenti, strutturati a più livelli tra loro connessi, flessibile nelle sue articolazioni, secondo competenze riconosciute in relazione a specifiche materie, richiede che l'interprete, chiamato a risolvere un caso concreto, scelga a quale normativa la soluzione deve ispirarsi, combinando e collegando disposizioni varie, di rango e provenienza diversi[63].

Al tradizionale compito di trarre la norma dalla fonte si affianca, dunque, quello del reperimento della fonte stessa, che va costruita[64]. Tale determinazione non sempre si esprime in termini di perentoria univocità e prescindendo dall'individuazione dello scopo che si intende perseguire. La configurazione delle fonti subisce un processo di revisione verso un contesto "aperto" alle pratiche sociali di reperimento del diritto. Si assiste ad una dissociazione tra l'insieme delle fonti formali e quello (più ampio, comprensivo di fonti informali) accettato dalla comunità giuridica.

"Fonte", allora, è termine che rimanda all'insieme dei fattori che influiscono sulla produzione delle norme e questa influenza può variare: vi sono fonti che forniscono all'operatore giuridico immediatamente una norma valida e fonti che offrono soltanto

di riconoscimento e uso degli organi dell'applicazione, cfr. PINO 2011, 837-841.

[59] ZACCARIA 2012, 58; PASTORE 2014, 32-35.

[60] FERRAJOLI 2007, 418, 919-922.

[61] PINO 2014, 37-61.

[62] GIANFORMAGGIO 1995, 31; VIOLA 2011, 99 s.

[63] Cfr. SILVESTRI 2007, 28 s.; LIPARI 2009, 484 s., 488 s.

[64] VOGLIOTTI 2007, 271.

idee, ispirazioni, orientamenti, effetti d'indirizzo, dai quali gli operatori devono trarre le norme[65]. Le fonti, pertanto, presentano gradi diversi di oggettivazione, ma si pongono, tutte, come risorse ufficiali da cui trarre la regola del caso[66]. Esse svolgono, in tal modo, una eminente funzione autoritativa, indicando che cosa gli interpreti possono usare per costruire un argomento giuridico. Forniscono, pertanto, un essenziale sostegno per giustificare la soluzione[67]. L'individuazione/identificazione delle fonti presuppone che, tra i partecipanti a quella pratica sociale che è il diritto, vi sia un consenso, un accordo di massima, tendenzialmente stabile e prolungato[68], pur non escludendo i conflitti.

Il diritto positivo appare come un complesso di materiali che interagiscono tra loro combinandosi in modo mai definitivo. È un'impresa di più soggetti, istituzionali e non-istituzionali, i quali, con la loro attività ermeneutica, individuano e articolano il discorso delle fonti all'interno di una prassi in cui la normatività giuridica si pone come risultato di fattori complessi che – guardando soprattutto alla giurisdizione – vanno coordinati al fine di garantire una ricomposizione unitaria.

In questa prospettiva, la constatazione dello stato di disordine che caratterizza le odierne organizzazioni giuridiche non può condurre ad abbandonare l'impegno degli interpreti a prendere sul serio, nella loro attività ricostruttiva e ordinatrice volta all'integrazione tra materiali normativi nell'ottica della ricerca di armonizzazione, il principio di legalità[69], riguardante l'adeguatezza delle singole fonti ai criteri procedurali e contenutistici rilevanti nella positivizzazione giuridica, con l'idea regolativa che lo sostanzia e che consiste nel limitare l'arbitrio, sottoponendo a controllo le attività e gli esiti decisionali.

Il principio di legalità attiene all'esercizio del potere *under law* e, richiamando l'attenzione sulle condizioni di possibilità del procedimento interpretativo-applicativo all'interno di una serie di vincoli normativi e istituzionali[70], si connette al rispetto delle regole alla cui stregua si valuta la correttezza delle decisioni.

[65] ROSS 1958, 74.
[66] ZACCARIA 2012, 46.
[67] SCHAUER 2009, 119, 128, 130.
[68] Cfr. PINO 2014, 20-21, 63-66.
[69] LUZZATI 2005, 15-17, 106 s., 113, 119, 294; PASTORE 2014, 37-41.
[70] Invero, il principio di legalità nella giurisdizione si articola in una serie di criteri concernenti le modalità di esercizio del potere, e i suoi contenuti, e che riguardano la predeterminazione dei criteri decisionali, l'imparzialità, il rispetto del contraddittorio, la non arbitrarietà, la motivazione, l'eguaglianza, la ragionevolezza: VOGLIOTTI 2013, 412 s.

Riferimenti bibliografici

BERNARDI A. 2011. *Sui rapporti tra diritto penale e* soft law, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 54, 2011, 536 ss.

BERTI G. 2003. *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in «Rivista di diritto privato», 3, 2003, 461 ss.

BESSON S., TASIOULAS J. 2010. *Introduction*, in IDD. (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 1 ss.

BIN R. 2013. *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva "quantistica"*, Milano, Franco Angeli, 2013.

BIN R. 2015. *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in BERNARDI A. (ed.), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, Jovene, 2015, 17 ss.

BIN R., PITRUZZELLA G. 2012. *Le fonti del diritto*, seconda edizione, Torino, Giappichelli, 2012.

BOMBARDELLI M. 2015. *Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo*, in «Diritto pubblico», 3, 2015, 985 ss.

BRECCIA U. 2006. *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in «Politica del diritto», 37, 3, 2006, 361 ss.

CANNIZZARO E. 2015. *Interpretazione conforme fra tecniche ermeneutiche ed effetti normativi*, in BERNARDI A. (ed.), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, Jovene, 2015, 3 ss.

CARLASSARE L. 2008. *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, *Annali*, II, t. 2, Milano, Giuffrè, 2008, 536 ss.

CARLASSARE L., VERONESI P. 2001. *Regolamento (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, *Aggiornamento*, V, Milano, Giuffrè, 2001, 951 ss.

CASSESE S. 2003. *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

CASSESE S. 2009. *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, Donzelli, 2009.

CATANIA A. 2006. *Teoria e filosofia del diritto. Temi problemi figure*, Torino, Giappichelli, 2006.

CATANIA A. 2008. *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'era globale*, Roma-Bari, Laterza, 2008.

CELOTTO A. 2003. *L'efficacia delle fonti comunitarie nell'ordinamento italiano. Normativa, giurisprudenza e prassi*, Torino, Utet, 2003.

CONDORELLI L. 2011. *Crisi dello Stato e diritto internazionale:* simul stabunt simul cadent?, in «Ars Interpretandi», 16, 2011, 173 ss.

CONFORTI B. 1997. *Diritto internazionale*, quinta edizione, Napoli, Editoriale Scientifica, 1997.

CRISAFULLI V. 1993. *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1. *L'ordinamento costituzionale italiano (le fonti normative)*, sesta edizione aggiornata, CRISAFULLI F. (ed.), Padova, Cedam, 1993.

DI ROBILANT A. 2006. *Genealogies of Soft Law*, in «The American Journal of Comparative Law», 54, 2006, 499 ss.

DISTEFANO M. 2003. *Origini e funzioni del* soft law *in diritto internazionale*, in «Lavoro e diritto», 17, 1, 2003, 17 ss.

ESPOSITO C. 1961. *Consuetudine (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, 456 ss.

FERRAJOLI L. 2007. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia.* 1. *Teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007.

FERRARESE M.R. 2002. *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, il Mulino, 2002.

FERRARESE M.R. 2008. *La globalizzazione del diritto: dalla "teologia politica" al diritto "utile"*, in VOGLIOTTI M. (ed.), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, Giappichelli, 2008, 49 ss.

GALGANO F. 2001. *Lex mercatoria*, Bologna, il Mulino, 2001.

GENINATTI SATÈ L. 2005. *I fatti critici del sistema delle fonti e la crisi del principio di legalità*, in «Diritto pubblico», 3, 2005, 885 ss.

GIANFORMAGGIO L. 1995. *Filosofia e critica del diritto*, Torino, Giappichelli, 1995.

GROSSI P. 2015. *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015.

GUASTINI R. 1998. *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998.

GUASTINI R. 2011. *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011.

HIRVONEN A. (ed.) 1998. *Polycentricity. The Multiple Scenes of Law*, London, Pluto Press, 1998.

IACOVELLI D. 2004. *I regolamenti nel disordine delle fonti*, in «Jus», 51, 2, 2004, 189 ss.

KELSEN H. 1945. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Etas, 1994 (ed. or. *General Theory of Law and State*, Cambridge [Mass.], Harvard University Press, 1945, trad. it. di S. Cotta e G. Treves).

KELSEN H. 1960. *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1990 (ed. or. *Reine Rechtslehre*, Wien, Verlag Franz Deuticke, 1960, trad. it. di M.G. Losano).

LIPARI N. 2008. *Le fonti del diritto*, Milano, Giuffrè, 2008.

LIPARI N. 2009. *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 63, 2, 2009, 479 ss.

LOSANO M.G. 2005. *Diritto turbolento. Alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti fra diritti nazionali e normative sovrastatali*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 82, 3, 2005, 403 ss.

LUZZATI C. 2005. *La politica della legalità. Il ruolo del giurista nell'età contemporanea*, Bologna, il Mulino, 2005.

MAESTRI E. 2015. *Lex informatica. Diritto, persona e potere nell'età del cyberspazio*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015.

MAZZARESE T. 2008. *Interpretazione della costituzione. Quali i pregiudizi ideologici?*, in «Ars Interpretandi», 13, 2008, 213 ss.

MODUGNO F. 1997. *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enciclopedia del diritto, Aggiornamento,* I, Milano, Giuffrè, 1997, 561 ss.

MOSTACCI E. 2008. *La* soft law *nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, Cedam, 2008.

OST F. 2008. *Dalla piramide alla rete: un nuovo modello per la scienza giuridica?*, in VOGLIOTTI M. (ed.), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, Giappichelli, 2008, 29 ss.

OST F., VAN DE KERCHOVE M. 2002. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit,* Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

PALADIN L. 1996. *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, il Mulino, 1996.

PALIERO C.E. 2014. *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 57, 2014, 1099 ss.

PARISI S. 2012. *La gerarchia delle fonti. Ascesa, declino, mutazioni*, Napoli, Jovene, 2012.

PARODI G. 2012. *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, Milano, Giuffrè, 2012.

PASTORE B. 2014. *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 2014.

PASTORE B. 2016. *Principio di legalità, positivizzazione giuridica,* soft law, in PINO G., VILLA V. (eds.), Rule of Law. *L'ideale della legalità*, Bologna, il Mulino, 2016, 153 ss.

PERLINGIERI P. 2005. *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in «Rassegna di diritto civile», 1, 2005, 188 ss.

PINO G. 2011. *L'applicabilità delle norme giuridiche*, in «Diritto e questioni pubbliche», 11, 2011, 797 ss.

PINO G. 2014. *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, Modena, Mucchi Editore, 2014.

PIZZORUSSO A. 2011. *Fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale. Art. 1-9*, seconda edizione, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 2011.

RICHARDS S. 2012. *Globalization as a Factor in General Jurisprudence*, in «Netherlands Journal of Legal Philosophy», 41, 2, 2012, 129 ss.

ROSS A. 1958. *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi, 1965 (ed. or. *On Law and Justice*, London, Steven & Sons, 1958, trad. it. di G. Gavazzi).

RUGGERI A. 2001. *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e prospettive di un diritto europeo "intercostituzionale"*, in «Diritto pubblico comparato ed europeo», 2, 2001, 544 ss.

RUGGERI A. 2015. *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema di sistemi" come problema*, in BERNARDI A. (ed.), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, Jovene, 2015, 153 ss.

RUHL J.B. 2008. *Law's Complexity: a Primer*, in «Georgia State University Law Review», 24, 4, 2008, 885 ss.

SCALISI V. 2009. *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in LOBUONO M. (ed.), *Scienza giuridica privatistica e fonti del diritto*, Bari, Cacucci, 2009, 47 ss.

SCHAUER F. 2009. *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, Roma, Carocci, 2016 (ed. or. *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge [Mass.], Harvard University Press, 2009, trad. it. di G.B. Ratti).

SCOTT C. 2006. *Regolazione gerarchica, pluralismo giuridico e* rule of law, in «Ars Interpretandi», 11, 2006, 101 ss.

SENDEN L. 2004. *Soft Law in European Community Law*, Oxford and Portland (Oregon), Hart Publishing, 2004.

SILVESTRI G. 1987. *La ridefinizione del sistema delle fonti: osservazioni critiche*, in «Politica del diritto», 18, 1, 1987, 149 ss.

SILVESTRI G. 2007. *Il ruolo del giudice in un'epoca di crisi delle fonti del diritto*, in PALAZZO F., ROSELLI O. (eds.), *I professionisti della giustizia. La formazione degli operatori dell'amministrazione della giustizia*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, 25 ss.

SORRENTINO F. 2004. *Le fonti del diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2004.

SORRENTINO F. 2009. *Le fonti del diritto italiano*, Padova, Cedam, 2009.

SORRENTINO F. 2013. *Principi costituzionali e complessità delle fonti*, in «Diritto e società», 3, 2013, 483 ss.

TIMSIT G. 1997. *Archipel de la norme*, Paris, Presses Universitaires de France, 1997.

VIOLA F. 2011. Rule of Law. *Il governo della legge ieri ed oggi*, Torino, Giappichelli, 2011.

VOGLIOTTI M. 2007. *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007.

VOGLIOTTI M. 2013. *Legalità*, in *Enciclopedia del diritto*, *Annali*, VI, Milano, Giuffrè, 2013, 371 ss.

ZACCARIA G. 2012. *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

TUTELA GIUDIZIALE DEI DIRITTI FONDAMENTALI NEL CONTESTO EUROPEO: IL “DIALOGO” TRA LE CORTI NEL DISORDINE DELLE FONTI

PAOLA **PAROLARI**

&dq

Tutela giudiziale dei diritti fondamentali nel contesto europeo: il "dialogo" tra le corti nel disordine delle fonti

Judicial Protection of Fundamental Rights in the European Context: The "Dialogue" Between Courts in the Disorder of the Sources of Law

PAOLA PAROLARI

Assegnista di ricerca di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Brescia
Email: paola.parolari@unibs.it

ABSTRACT
L'articolo ha ad oggetto il ruolo dei giudici e dell'interpretazione giudiziale nella ricerca di un "nuovo ordine" delle fonti del diritto in materia di diritti fondamentali nel contesto europeo. In primo luogo, mette in evidenza come l'indeterminatezza dei rinvii incrociati contenuti nella *Costituzione italiana*, nella *Convenzione per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali* e nella *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* lasci spazio per prese di posizione alternative, e in competizione tra loro, in merito alla definizione di una gerarchia tra queste fonti del diritto. In secondo luogo, concentrandosi su come la questione è stata affrontata nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, della Corte europea dei diritti umani e della Corte di giustizia dell'Unione europea, evidenzia alcuni dei principali limiti del cosiddetto "dialogo" tra le corti.

The article deals with the role of judges and of judicial interpretation in the search for a "new order" of the sources of law on fundamental rights in the European context. First, it points out how the indeterminacy of the cross-references contained in the *Italian Constitution*, in the *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, and in the *Charter of Fundamental Rights of the European Union* leaves room for alternative and competing views about the hierarchy to be established among these sources of law. Secondly, focusing on how this issue has been addressed in the case law of the Italian Constitutional Court, of the European Court of Human Rights and of the Court of Justice of the European Union, it highlights some of the main limits of the so called "dialogue" between courts.

KEYWORDS
Diritti fondamentali, disordine delle fonti, interpretazione giudiziale, "dialogo" tra le corti

Fundamental Rights, disorder of the sources of law, judicial interpretation, "dialogue" between courts

© 2017, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
Tutti i diritti sono riservati.

Tutela giudiziale dei diritti fondamentali nel contesto europeo: il "dialogo" tra le corti nel disordine delle fonti

PAOLA PAROLARI

1. *Diritti fondamentali, disordine delle fonti e "dialogo" tra le corti: un'introduzione* – 2. *I diritti fondamentali in Europa: pluralità di fonti, rinvii incrociati e gerarchie incerte* – 3. *I giudici e l'armonizzazione delle fonti: tra l'aspirazione di un'interpretazione (circolarmente) conforme e la "tentazione della gerarchia"* – 4. *L'UE e gli stati membri: tra "primato del diritto dell'Unione" e dottrina dei "controlimiti"* – 5. *La Cedu e il diritto nazionale: tra dottrina del "margine di apprezzamento" e dottrina delle "norme interposte"* – 6. *La questione dell'adesione dell'UE alla Cedu* – 7. *I limiti del "dialogo" tra le corti: alcune considerazioni conclusive.*

1. *Diritti fondamentali, disordine delle fonti e "dialogo" tra le corti: un'introduzione*

A partire dal secondo dopoguerra, si è progressivamente affermato un processo di positivizzazione dei diritti fondamentali policentrico e complesso, articolato su una pluralità di piani differenti[1]. Si è assistito, in particolare, ad un'incipiente "costituzionalizzazione"[2] del diritto internazionale e/o sovranazionale[3], legata al moltiplicarsi di carte dei diritti promosse da diverse organizzazioni di stati di rilievo tanto globale quanto regionale. Pur formalmente indipendenti tra loro, queste carte dei diritti non coesistono nell'isolamento ma si aprono al riconoscimento reciproco e al rispetto dei diritti fondamentali sanciti nelle costituzioni nazionali. Inoltre, contemporaneamente e simmetricamente, un numero crescente di stati ha

[1] È ricorrente in letteratura la tesi secondo la quale si sarebbe progressivamente affermato, a partire dal secondo dopoguerra, un sistema *multilivello* di tutela dei diritti fondamentali. Io stessa, in realtà, ho adottato in precedenza questa espressione: PAROLARI 2016, 118. Nondimeno, essa suggerisce l'idea di un ordine, e più precisamente di un ordine gerarchico, che, come si sosterrà, non sembra rispecchiare l'attuale assetto dei rapporti tra le fonti del diritto nazionale, internazionale e sovranazionale in materia di diritti fondamentali. Per questo ora preferisco parlare, invece, di carattere *policentrico* delle fonti del diritto in materia di diritti fondamentali. Sulla nozione di *legal polycentricity* si rinvia, in particolare, a PETERSEN, ZAHLE 1995.

[2] L'espressione è ripresa da RUGGERI 2008, 148. Tra gli studiosi italiani che, con impostazioni differenti e giungendo a conclusioni non sempre del tutto coincidenti, prendono in esame il ruolo dei diritti fondamentali nel percorso (incompiuto) verso una dimensione internazionale e/o sovranazionale del costituzionalismo si vedano, inoltre, CASSESE 2006, 180-189, FERRAJOLI 2007, cap. 16, MAZZARESE 2012.

[3] Considero norme di diritto sovranazionale (e non "meramente" internazionale) quelle norme a) che promanano da una organizzazione a cui sia stata attribuita dagli stati la competenza a "legiferare", attraverso i propri organi, su determinate questioni; e b) che non si limitano a creare obblighi per gli stati ma producono effetti diretti all'interno degli stati. L'esempio per eccellenza di diritto sovranazionale è, ovviamente, quello dell'Unione europea (si veda *infra*, 4).

introdotto nella propria costituzione una qualche forma di rinvio al diritto internazionale e sovranazionale. Si è intrecciata così una trama di rinvii incrociati in forza dei quali, oggi, l'individuazione, l'attuazione e la tutela dei diritti fondamentali possono avvenire solo all'intersezione tra fonti nazionali, internazionali e sovranazionali del diritto.

Queste trasformazioni hanno contribuito al progressivo passaggio da uno stato di separazione tra diritto nazionale, internazionale e sovranazionale ad uno di "osmosi"[4] e di "integrazione"[5] in cui questi diversi "corpi normativi"[6] si influenzano a vicenda, e si completano reciprocamente, per concorrere all'ampliamento del catalogo dei diritti fondamentali e ad una loro sempre più piena attuazione e tutela. Allo stesso tempo, però, il carattere policentrico e la moltiplicazione spesso "disordinata" delle fonti del diritto in materia di diritti fondamentali ha anche contribuito a mettere in crisi la tradizionale teoria delle fonti del diritto[7]; o, almeno, quella teoria (statocentrica) propria della "modernità giuridica"[8], associata alla nozione di ordinamento giuridico come insieme dinamico di norme caratterizzato da unità, coerenza e completezza[9] (o, secondo una prospettiva diversa ma complementare, da autonomia ed esclusività[10]).

A questo proposito, è opinione largamente condivisa che, per rendere conto delle trasformazioni del diritto contemporaneo[11], sia necessario affiancare al modello

[4] PASTORE 2017, par. 2.

[5] RUGGERI 2008, 146.

[6] L'espressione è di CASSESE 2006, 16, che la utilizza, in realtà, per riferirsi a quella pluralità di "regimi" normativi settoriali, «distinti, ma non separati», che popolano lo spazio giuridico globale e che non possono considerarsi ordinamenti giuridici, perché «manca un insieme generale di regole (o meta-regole) che operi come elemento unificante». In questa sede, mutuo l'espressione "corpi normativi" per sottolineare come la nozione di ordinamento giuridico sia ormai inadeguata a rendere conto delle caratteristiche non solo del diritto internazionale (e sovranazionale) ma, sempre più, anche del diritto nazionale. Sul punto si tornerà a breve nel testo. Sono debitrice a Tecla Mazzarese per la sua sollecitazione a prendere sul serio questa inadeguatezza della nozione di ordinamento giuridico anche (sebbene non solo) ponendo attenzione alle implicazioni concettuali delle scelte terminologiche compiute nella costruzione dell'analisi che è oggetto di questo lavoro.

[7] Sulla relazione tra la proliferazione delle fonti del diritto in materia di diritti fondamentali e l'attuale «disordine delle fonti del diritto (inter)nazionale» si rinvia a MAZZARESE 2017, in particolare par. 3. Di *disordine* delle fonti, anche se in termini non del tutto coincidenti, parlano anche BERTI 2003, BRECCIA 2006, ITZCOVICH 2012. Di *crisi* delle fonti parlano invece, tra gli altri, GROSSI 2009 e Pino 2014. Infine, di "confusione della rete delle fonti del diritto" parla LA TORRE 1999, 206. Sulla metafora della rete si veda *infra* in questo paragrafo.

[8] Si veda VOGLIOTTI (ed.) 2008 sul "tramonto della modernità giuridica".

[9] BOBBIO 1960. Proprio a partire da questa caratterizzazione della nozione di ordinamento giuridico muovono le osservazioni di MAZZARESE 2008, par. 2 sui termini in cui «le più recenti innovazioni *del* e *nel* diritto positivo» in atto «nello spazio giuridico globale» mettono in questione «l'unità e l'identità degli ordinamenti» (corsivo nel testo). Si veda inoltre MAZZARESE 2006 e, più di recente, 2015a, 23-27; 2015b, 152 s.; 2017, par. 3.

[10] Si veda, a questo proposito, ITZCOVICH 2012, 360-369.

[11] La proliferazione (disordinata) delle fonti del diritto in materia di diritti fondamentali non è ovviamente l'unico elemento di trasformazione del diritto contemporaneo. Altrettanto significative sono

piramidale dello *Stufenbau* kelseniano[12] quel nuovo modello che François Ost e Michel van de Kerchove hanno definito "paradigma della rete"[13]. In particolare, la metafora della rete consente di rendere conto di come il disordine delle fonti in materia di diritti fondamentali dipenda, oltre che dalla loro proliferazione policentrica, dall'assenza di una "norma di riconoscimento di sistema" che consenta di definire le loro relazioni in termini chiari e univoci. D'altra parte, i rinvii incrociati contenuti nelle costituzioni nazionali o nelle carte dei diritti internazionali e sovranazionali in genere non stabiliscono una gerarchia tra le fonti che li contengono e quelle che ne sono oggetto; spesso, anzi, si limitano a far salva, genericamente, la "maggior tutela" dei diritti eventualmente prevista in altre fonti.

In questo contesto, la teoria delle fonti necessita sempre più di essere integrata da una teoria dell'interpretazione[14] e, in particolare, da una teoria dell'interpretazione giudiziale. Ricade principalmente sui giudici, infatti, l'onere di armonizzare, in via interpretativa, la pluralità sempre più composita e articolata di fonti in materia di diritti fondamentali, oppure di stabilire quale di queste fonti debba prevalere nel caso di conflitti normativi[15] non evitabili mediante la tecnica armonizzatrice della "interpretazione conforme". Oggi più che mai insomma, come ben sintetizza Lorenza Carlassare, «non pare possibile parlare di fonti senza considerare giurisprudenza e interpretazione»[16].

In particolare, i giudici assumono un ruolo fondamentale nella «costruzione del nuovo ordine giuridico, tramite la predisposizione di canali comunicativi e di coordinamento tra spazi giuridici diversi»[17]. I giudici "dialogano" – si confrontano

infatti altre nuove forme di diritto, che pure hanno contribuito a determinare la crisi della teoria tradizionale delle fonti del diritto e della nozione di ordinamento giuridico. Così, ad esempio, varie forme di diritto transnazionale, norme prodotte da autorità amministrative indipendenti, tanto nazionali quanto internazionali o sovranazionali, e diverse altre forme di *soft law*. Su questi diversi fenomeni si vedano, tra gli altri, TEUBNER 1997, FERRARESE 2000, GALGANO 2001, SANTOS 2002, capp. 5-6, ZOLO 2004, LOSANO 2005, CASSESE 2006, MAZZARESE 2006, 2008, 2017 e PASTORE 2014, 2017.

[12] Non manca tuttavia chi ritiene che il modello kelseniano dello *Stufenbau* in realtà non sia mai stato adeguato a render conto della complessità del diritto. Sul punto si veda, ad esempio, POGGI 2013, 242-259.

[13] OST, VAN DE KERCHOVE 2002. È bene insistere sul fatto che, secondo Ost e van de Kerchove, il modello della rete non sostituisce quello della piramide ma si affianca ad esso. F. OST 2008, 32 scrive infatti che «dalla crisi del modello piramidale [sta] progressivamente emergendo un paradigma concorrente, quello della *rete*, senza che da ciò consegua, tuttavia, la totale sparizione del vecchio modello». Dello stesso avviso LOSANO 2005 e, più di recente, PASTORE 2014, 28 s. e 2017, par. 2.

[14] Tra quanti pongono l'accento sul ruolo dell'interpretazione si vedano, ad esempio, CARLASSARE 2008, RUGGERI 2008, PASTORE 2014 e 2017.

[15] Si noti che, nel caso di conflitti tra norme di origine differente (nazionale, internazionale o sovranazionale), sarebbe improprio parlare di antinomie, perché manca uno dei classici elementi definitori di questa nozione, ovvero l'appartenenza delle norme in conflitto al medesimo ordinamento giuridico.

[16] CARLASSARE 2008, 544.

[17] VOGLIOTTI 2016, 9. Anche in questo caso, non è superfluo sottolineare che Vogliotti parla di "spazi" e non di "ordinamenti" giuridici. E non è l'unico studioso a fare questa scelta non solo terminologica ma anche, e prima ancora, concettuale. Come scrive ITZCOVICH 2012, 374, infatti, «today's jurists are increasingly using the term "legal space" to describe this kind of law that is no longer determined from

e si scontrano – da un lato, sul contenuto e sui limiti dei diritti che sono chiamati a tutelare e, dall'altro, sui criteri in accordo con i quali le fonti che li sanciscono devono essere ordinate. Non a caso, come evidenzia Sabino Cassese, le principali dottrine sulle quali si basano gli attuali rapporti di "integrazione" tra diritto nazionale, internazionale e sovranazionale, così come gli attuali rapporti di "cooperazione" tra le diverse corti che operano in ciascuno di questi spazi giuridici, sono tutte frutto di elaborazione giurisprudenziale: così, ad esempio, la dottrina dei "controlimiti", quella delle "norme interposte", quella del "margine di apprezzamento", o quella della "tutela equivalente"[18].

Ora, sebbene possa apparire "solo" un dialogo per *obiter dicta*, episodico e residuale, limitato ai casi in cui emergano conflitti non evitabili mediante la tecnica dell'interpretazione conforme, il "dialogo" tra le corti in merito alla costruzione di un possibile "nuovo ordine" delle fonti è in realtà importante almeno quanto quello sul merito dei singoli diritti, perché ne costituisce un antecedente logico carico di implicazioni e ricadute profonde sulla tutela dei diritti stessi: l'esito dell'interpretazione conforme è funzione, infatti, dell'ordine di priorità attribuito alle fonti da armonizzare. Allo stato attuale, tuttavia, rimane a dir poco dubbio se le richiamate dottrine di origine giurisprudenziale siano effettivamente sufficienti a portare ordine nella complessità di una "esperienza giuridica"[19] sempre più policentrica, articolata e complessa. Da qui la scelta di prendere in esame il ruolo dei giudici – e i limiti del "dialogo" tra le corti – proprio in relazione alla ricerca di questo possibile "nuovo ordine" delle fonti in materia di diritti fondamentali.

La riflessione si concentrerà sul contesto europeo, prestando particolare attenzione ai rapporti tra diritto nazionale italiano[20], diritto internazionale prodotto nell'ambito del Consiglio d'Europa e diritto sovranazionale dell'Unione europea (UE). Più specificamente, si prenderanno in esame: da un lato, i rinvii (incrociati) contenuti nella Costituzione italiana, nella *Convenzione per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali* (Cedu) e nella *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* (Carta dei diritti UE); e, dall'altro, la giurisprudenza delle corti istituzionalmente preposte a garantire la tutela dei diritti sanciti in queste tre fonti del diritto: rispettivamente, la Corte costituzionale italiana, la Corte europea dei diritti umani (Corte Edu) e la Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE). Si sottolineerà,

within and to whose disordering several distinct authorities concur – a new kind of law that can no more be conceived of as being a legal order, as it is pluralist (rather than exclusive), contradictory (rather than consistent), unfinished (rather than complete)».

[18] CASSESE 2009, 10 s. PINELLI 2007, 304 parla a questo proposito di un "judge-made system". Per una definizione di ciascuna di queste dottrine si rinvia ai paragrafi che seguono.

[19] La nozione di esperienza giuridica con riferimento al diritto contemporaneo è riproposta da PASTORE 2014, 1-17.

[20] La scelta di concentrarsi, per quanto riguarda il diritto nazionale, sul solo caso italiano è dovuta all'esigenza imprescindibile di circoscrivere l'analisi rendendola, al tempo stesso, più semplice e più precisa.

innanzitutto, come la genericità delle norme di rinvio contenute nella Costituzione italiana, nella Cedu e nella Carta dei diritti UE contribuisca all'importanza crescente del ruolo dei giudici e dell'interpretazione giudiziale nella definizione dei rapporti tra diritto nazionale, internazionale e sovranazionale (parr. 2-3). Si rivolgerà quindi l'attenzione, specificamente, alle posizioni espresse dalla Corte costituzionale italiana, dalla Corte Edu e dalla CGUE in merito a tali rapporti (parr. 4-6). Si evidenzieranno, infine, alcuni limiti del "dialogo" tra le corti che emergono dalle posizioni giurisprudenziali prese in esame (par. 7).

2. *I diritti fondamentali in Europa: pluralità di fonti, rinvii incrociati e gerarchie incerte*

Costituzione italiana, Cedu e Carta dei diritti UE interagiscono tra loro al di fuori di un "sistema" ordinato e coerente. La trama di rinvii incrociati tra diritto nazionale, internazionale e sovranazionale ricavabile da queste tre fonti del diritto è infatti piuttosto indefinita, soprattutto perché, dando apparentemente per scontato che fonti diverse siano "in armonia" tra loro (o comunque facilmente armonizzabili in via interpretativa), questi rinvii non prevedono criteri da seguire in caso di conflitto.

Nella Costituzione italiana, in particolare, sono tre i principali articoli che rinviano espressamente al diritto internazionale e/o sovranazionale[21]. Il primo è l'art 10, primo comma, in forza del quale il diritto italiano deve conformarsi alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute (ovvero allo *jus cogens* di natura consuetudinaria). Il secondo è l'articolo 11, in base al quale l'Italia «consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni» e «promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo». Il terzo, infine, è l'articolo 117, primo comma, che prescrive al legislatore (nazionale e regionale) di esercitare la potestà legislativa «nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario [*rectius*, oggi, del diritto UE] e dagli obblighi internazionali». Come è evidente, nessuno di questi tre articoli individua criteri che consentano di stabilire come debbano essere risolti eventuali conflitti tra norme costituzionali e norme internazionali o sovranazionali. In particolare, nulla si dice in merito ai limiti entro i quali il diritto nazionale debba conformarsi agli obblighi derivanti dal diritto internazionale o dal diritto UE qualora confliggano con

[21] A questi potrebbe essere aggiunto il rinvio implicito contenuto nell'articolo 2 (ammesso che lo si intenda come un rinvio aperto e non riferito ai soli diritti sanciti nei successivi articoli della Costituzione). Ringrazio Tecla Mazzarese per avere richiamato la mia attenzione su questo punto. Tra quanti sottolineano l'importanza del rinvio implicito contenuto nell'articolo 2 (in combinato disposto con gli articoli 10 e 11) della Costituzione italiana si veda, ad esempio, RUGGERI 2008.

la Costituzione. Né si individua alcuna gerarchia tra i vincoli derivanti dal diritto UE e quelli derivanti dal diritto internazionale, qualora siano tra loro in contrasto.

Indeterminato è anche l'articolo 53 della Cedu che contiene una esplicita enunciazione del principio della maggior tutela dei diritti. Tale articolo stabilisce infatti che nessuna delle disposizioni della Cedu «può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi». Manca ovviamente un riferimento specifico all'UE, visto che quando è stata adottata la Cedu, nel 1950, ancora non esistevano nemmeno le Comunità europee (CEE, CECA ed EURATOM). Nondimeno, l'adesione all'UE rientra indubbiamente tra gli accordi dai quali possono sorgere vincoli rilevanti ai sensi dell'articolo 53 della Cedu; e, in effetti, la Corte Edu si è pronunciata talvolta su questioni relative alla compatibilità tra gli obblighi degli stati derivanti dalla Cedu e quelli derivanti dal diritto UE (vedi *infra*, 6). Nemmeno l'articolo 53 della Cedu, però, individua criteri di gerarchia idonei a indirizzare in modo univoco la soluzione di eventuali conflitti tra la Cedu e altre fonti nazionali, internazionali o sovranazionali in materia di diritti fondamentali: di per sé, infatti, il principio della maggior tutela dei diritti è spesso insufficiente dal momento che di solito, quando si manifesta un conflitto, ad essere controverso è proprio (quale interpretazione di) quale fonte garantisca una maggior tutela dei diritti fondamentali di cui si denuncia la violazione (vedi anche *infra*, 3).

Lo stesso limite presenta, inevitabilmente, l'articolo 53 della Carta dei diritti UE che enuncia il medesimo principio: stabilisce, infatti, che nessuna delle disposizioni contenute nella Carta

> «deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla [Cedu], e dalle costituzioni degli Stati membri».

Né sembra contenere indicazioni più chiare l'articolo 52 della Carta stessa, che pure rinvia sia alla Cedu che al diritto nazionale. In particolare, il terzo comma dell'articolo 52 stabilisce che, laddove la Carta dei diritti UE «contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla [Cedu], il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione». Il quarto comma prevede invece che, laddove la Carta dei diritti UE «riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni». Questi due commi lasciano però aperte diverse questioni, sia se presi singolarmente sia se considerati congiuntamente.

In particolare, il terzo comma sembra dare per scontata la possibilità di far coincidere perfettamente il significato e la portata di quei diritti che sono sanciti sia

nella Cedu che nella Carta dei diritti UE, ignorando le differenze talvolta profonde nel modo in cui sono formulate le disposizioni che li enunciano nell'uno e nell'altro documento. D'altra parte, il rinvio al significato e alla portata dei diritti previsti nella Cedu non sembra poter essere realmente risolutivo fino a quando non avrà luogo la formale adesione dell'UE alla Cedu prevista dall'articolo 6, secondo comma del *Trattato sull'Unione europea* (TUE) e non si porranno così basi più solide per il superamento delle "rivalità" che periodicamente riemergono tra Corte Edu e CGUE (vedi *infra*, 6). Il quarto comma, poi, si rivela particolarmente indeterminato nel suo fare riferimento non tanto alle carte costituzionali dei diversi stati membri di volta in volta interessati, quanto piuttosto alla ben più vaga nozione di «*tradizioni* costituzionali *comuni* agli stati membri» (corsivo mio). Presi congiuntamente, infine, il terzo e il quarto comma dell'articolo 52 sono problematici perché, ancora una volta, non tengono conto del fatto che alcuni diritti, presenti sia nella Cedu che nelle tradizioni costituzionali di uno o più stati membri, spesso sono declinati in modo diverso (e confliggente) nell'una e nelle altre.

In questo contesto, quindi, i giudici devono tenere conto di una pluralità di fonti nazionali, internazionali e sovranazionali che spesso declinano i diritti fondamentali in termini differenti senza però predisporre criteri per risolvere in modo univoco eventuali conflitti normativi. Ne risulta che, per citare Baldassare Pastore, «le relazioni gerarchiche tra fonti e/o tra norme sono determinate in misura preponderante dalle attività interpretative dei giuristi e degli organi dell'applicazione»[22]. Proprio per questo, però, queste relazioni gerarchiche si rivelano incerte e mutevoli. Come sottolinea Roberto Bin, infatti, «è nella natura stessa del sistema pluricentrico che possano convivere opinioni diverse circa la tipologia delle relazioni tra atti normativi provenienti da sottoinsiemi diversi»[23]. E, come si vedrà (vedi *infra*, 4-6), queste opinioni sono spesso effettivamente differenti a seconda della corte che le esprime.

3. *I giudici e l'armonizzazione delle fonti: tra l'aspirazione di un'interpretazione (circolarmente) conforme e la "tentazione della gerarchia"*

È stato suggerito che l'ordine di priorità tra fonti nazionali, internazionali e sovranazionali in materia di diritti fondamentali non dovrebbe essere definito in astratto una volta per tutte, bensì ridisegnato di volta in volta in funzione della maggior tutela che ciascuna di esse può offrire, nel caso concreto, al diritto che si intende garantire. Così, in una sorta di slittamento di piani, l'idea di una "gerarchia assiologica

[22] PASTORE 2017, par. 2.
[23] BIN 2015, 4.

mobile"[24], tipica della tecnica del bilanciamento tra *principi* o tra *diritti*, estenderebbe il proprio ambito di operatività, adattandosi a fungere da criterio guida nella risoluzione di possibili conflitti tra *fonti* del diritto non inquadrabili nella cornice (rassicurante) di un ordinamento giuridico[25]. In questo senso potrebbe leggersi, ad esempio, l'affermazione di Antonio Ruggeri secondo la quale, quando sono in gioco diritti fondamentali, «nessun ordine gerarchico precostituito può intravedersi tra le norme in ragione della loro provenienza o della loro forma (e, perciò, in buona sostanza, della *fonte* da cui sono prodotte)», perché «ciò che solo conta è stabilire di volta in volta dove si appunta la tutela migliore per i diritti»[26].

Ma Ruggeri si spinge addirittura oltre l'idea di una "gerarchia assiologica mobile" delle fonti, fino a ipotizzare e sollecitare il completo superamento di ogni logica gerarchica mediante un vero e proprio passaggio «dalla forza delle fonti alle ragioni dell'interpretazione»[27]: a suo avviso, infatti, la teoria dell'interpretazione è lo strumento più adatto a garantire la maggior tutela possibile dei diritti perché più flessibile della teoria delle fonti, che è invece «per sua natura portata a sistemare in scala le fonti stesse, stabilendo ordini di priorità astrattamente e rigidamente fissati»[28]. In particolare, Ruggeri, individua il cardine del processo di integrazione e armonizzazione tra fonti nazionali, internazionali e sovranazionali del diritto in materia di diritti fondamentali nella tecnica dell'interpretazione "*circolarmente* conforme"[29], in base alla quale le diverse carte dei diritti dovrebbero essere interpretate le une per mezzo delle altre secondo un "moto" non verticale ma, appunto, circolare[30]. A suo avviso, infatti, «non dandosi alcun primato dell'una sull'altra Carta», nessuna di esse può «porsi in modo esclusivo quale parametro dei processi interpretativi»[31].

Ampiamente condivisibili sotto il profilo normativo – in particolare per l'enfasi che pongono sull'obiettivo della maggior tutela possibile dei diritti – le tesi di Ruggeri non sembrano tuttavia prive di aspetti problematici sotto il profilo teorico. In particolare, una netta contrapposizione tra il piano della teoria delle fonti e quello della teoria dell'interpretazione non sembra tener conto delle loro profonde interazioni e influenze reciproche. Inoltre, anche ammesso che fosse possibile distinguere in termini così netti questi due piani, la tecnica dell'interpretazione circolarmente conforme non sembra risolvere il problema dei possibili conflitti tra diritto nazionale, internazionale e sovranazionale in materia di diritti fondamentali ma semmai

[24] GUASTINI 2004, 219-221.
[25] Seppure in termini non coincidenti, di "gerarchia mobile" parla anche ITZCOVICH 2012, 372, con specifico riferimento al modo in cui una certa concezione del pluralismo giuridico può applicarsi ai rapporti tra diritto UE e diritto nazionale.
[26] RUGGERI 2014b, 27 (corsivo nel testo).
[27] RUGGERI 2008.
[28] RUGGERI 2008, 158 s.
[29] RUGGERI 2014b, 4 (corsivo nel testo).
[30] RUGGERI 2014b.
[31] RUGGERI 2014b, 27 s.

aggirarlo, semplicemente rinviandolo, appunto, dal piano della teoria delle fonti a quello della teoria dell'interpretazione. Non ultimo, questo passaggio di piani non sarebbe comunque risolutivo: come si è anticipato (vedi *supra*, 2), infatti, spesso è controverso (quale interpretazione di) quali fonti garantisca la maggior tutela dei diritti fondamentali, non solo in astratto ma anche nel caso concreto.

D'altra parte, la "tentazione della gerarchia" sembra continuamente riproporsi in una pluralità di forme e di contesti. In particolare, osservando il "dialogo" tra le corti si può constatare come l'aspirazione ad un'interpretazione (circolarmente) conforme ispirata al principio della maggior tutela dei diritti si scontri di fatto con la costante riproposizione di logiche gerarchiche nella definizione delle relazioni tra le fonti e tra le interpretazioni che ne vengono proposte. Da un lato, infatti, i giudici continuano a pensare le relazioni tra le fonti in termini inequivocabilmente gerarchici, come testimoniano in modo paradigmatico, già sul piano terminologico, espressioni quali "*primato* del diritto UE" (vedi *infra*, 4), o "*predominio* assiologico della Costituzione" (vedi *infra*, 5). Dall'altro, come denuncia lo stesso Ruggeri, i giudici non sembrano interpretare le carte le une per mezzo delle altre in modo "circolare" ma tendono, in realtà, «a far luogo ad interpretazioni di ciascuna fonte assiomaticamente ritenute autosufficienti, per quindi confrontarne gli esiti in vista dell'applicazione» delle norme che offrono una più intensa protezione dei diritti in gioco[32].

È importante tenere presente, inoltre, che la definizione delle relazioni tra le fonti e tra le interpretazioni che ne vengono proposte si intreccia profondamente anche con la questione dell'assenza di una "gerarchia" tra le corti, in un contesto in cui le corti costituzionali nazionali, la Corte Edu e la CGUE conservano (e rivendicano), ciascuna, l'ultima parola sulla tutela dei diritti fondamentali nell'ambito della propria giurisdizione. È significativo notare, a questo proposito, come tanto la Corte costituzionale italiana quanto le due corti europee abbiano ripetutamente dimostrato non solo di essere intenzionate a difendere gelosamente il "primato" o il "predominio assiologico" delle fonti del diritto alla cui garanzia sono rispettivamente preposte, ma anche di considerare fondamentale, a questo scopo, la propria funzione nomofilattica in veste di «interpreti "qualificati" o "privilegiati"»[33] di queste fonti (vedi *infra*, 4-6).

In questa prospettiva, i pesantissimi *obiter dicta* mediante i quali la Corte costituzionale italiana, la Corte Edu e la CGUE si confrontano e si scontrano sulla questione dell'ordine delle fonti e della loro interpretazione sono, come sottolinea Bin, vere e proprie «*actiones finium regundorum*, o forse atti interruttivi dell'usucapione»[34], attraverso i quali ciascuna corte tenta di limitare l'"ingerenza" delle altre nel "proprio territorio". Il "dialogo" tra queste tre corti non rappresenta

[32] RUGGERI 2008, 160.
[33] GUASTINI 2004, 271.
[34] BIN 2015, 13.

quindi una mera variante del fenomeno (tutt'altro che nuovo) della *judicial diffusion* o del *judicial borrowing*[35]. Il richiamo (adesivo o in dissenso) che ciascuna corte fa alla giurisprudenza delle altre non è cioè soltanto una pratica giuridica, una tecnica argomentativa volta a giustificare una decisione giudiziale mediante argomenti ritenuti autorevoli e persuasivi, ma è anche una pratica in senso lato politica: un confronto (o uno scontro) volto a difendere le proprie prerogative e competenze specifiche[36].

Questa dimensione in senso lato politica del "dialogo" tra le corti emerge, come ora si vedrà, in relazione alla definizione delle relazioni (gerarchiche) che intercorrono non solo tra diritto nazionale e, rispettivamente, diritto UE (vedi *infra*, 4) e Cedu (vedi *infra*, 5), ma anche tra Cedu e diritto UE (vedi *infra*, 6).

4. *L'UE e gli stati membri: tra "primato del diritto dell'Unione" e dottrina dei "controlimiti"*

Come ben sintetizzano Marta Cartabia e Marilena Gennusa, gli effetti del diritto UE sul diritto degli stati membri «sono solo lontanamente immaginabili a una semplice lettura delle norme dei Trattati». In particolare,

> «il profilo dinamico delle fonti europee, relativo cioè alla modalità con cui esse interagiscono con le fonti nazionali, può essere [...] analizzato solo attraverso la giurisprudenza della corte di giustizia che, con la sua opera interpretativa – a tratti, forse, addirittura "creativa" – ha finito per assegnare al testo dei Trattati [...] un significato altamente innovativo, talvolta quasi rivoluzionario, allontanando anni luce l'ordinamento comunitario dagli ordinari schemi delle organizzazioni internazionali»[37].

Come è noto, infatti, la CGUE ha elaborato nel corso degli anni una propria dottrina fondamentale in merito alla natura del diritto UE e alla sua incidenza sul diritto interno degli stati membri; una dottrina che si applica, ovviamente, anche alla Carta dei diritti UE. Tra i punti principali di questa dottrina, si segnalano, in

[35] Che il "dialogo" tra le corti non sia un fenomeno nuovo sembra essere la tesi sostenuta da DE VERGOTTINI 2010, 17, là dove scrive che «l'attenzione dei giudici alla giurisprudenza straniera anche nell'affrontare questioni di costituzionalità non è un fatto di questi ultimi anni», in quanto «sono risalenti nel tempo gli esempi di pronunce che vengono precedute dall'esame di precedenti che vengono considerati autorevoli e pertinenti per concorrere alla decisione».

[36] Un'ulteriore differenza importante con *judicial diffusion* e *judicial borrowing* è, ovviamente, il fatto che il "dialogo" tra le corti preso in esame in questa sede non è semplicemente dettato dall'autorevolezza che una corte riconosce, *sua sponte*, ad un'altra ma è imposto dagli stessi rinvii contenuti nelle fonti del diritto: se è vero infatti che, formalmente, tali rinvii hanno ad oggetto solo le carte dei diritti (e non anche la giurisprudenza delle corti preposte alla loro garanzia), è anche vero che, per riconoscimento ormai unanime, queste carte "vivono" nell'interpretazione datane dai loro interpreti privilegiati.

[37] CARTABIA, GENNUSA 2011, 29.

particolare: a) la tesi secondo la quale il diritto UE costituisce «un ordinamento giuridico di nuovo genere», non meramente internazionale bensì *sovranazionale*, indipendente dal diritto degli stati membri e in grado di istituire obblighi e diritti direttamente in capo agli individui[38]; e b) il principio del "primato del diritto dell'Unione", per cui il diritto UE prevale su quello nazionale[39]. Fanno da corollario, inoltre, l'obbligo di interpretare le fonti del diritto nazionale in conformità al diritto UE e l'affermazione dell'effetto diretto del diritto UE sul diritto interno degli stati (con conseguente dovere dei giudici nazionali di non applicare le norme di diritto interno con esso incompatibili, senza necessità di alcun intervento da parte del legislatore o della Corte costituzionale).

In base alla giurisprudenza della CGUE, quindi, la situazione sembrerebbe chiara: se la tecnica dell'interpretazione conforme non consente di evitare un conflitto tra diritto nazionale e diritto UE, è quest'ultimo a dover prevalere, sempre e comunque. In questa direzione, nella nota sentenza sul caso *Melloni*, la CGUE si è addirittura spinta ad affermare – a dispetto dell'articolo 53 della Carta dei diritti UE (vedi *supra*, 2) – che il primato del diritto UE non può essere messo in discussione nemmeno per garantire una maggior tutela ad un diritto fondamentale[40]. In particolare, secondo la CGUE, «l'interpretazione secondo la quale l'articolo 53 della Carta autorizzerebbe [...] uno Stato membro ad applicare lo standard di protezione dei diritti fondamentali garantito dalla sua Costituzione quando questo è più elevato di quello derivante dalla Carta» non può essere accolta; una simile interpretazione, infatti «sarebbe lesiva del principio del primato del diritto dell'Unione, in quanto permetterebbe a uno Stato membro di ostacolare l'applicazione di atti di diritto dell'Unione pienamente conformi alla Carta»[41].

Le corti costituzionali di diversi stati si muovono, tuttavia, in una direzione diametralmente opposta a quella della sentenza *Melloni*, contrapponendo al primato del diritto UE quella che è stata definita dottrina dei "controlimiti". L'elemento distintivo di questa dottrina, nelle diverse formulazioni propostene da corti costituzionali differenti, è l'idea che ci siano alcuni principi fondamentali che devono essere in ogni caso salvaguardati, anche a discapito del rispetto del diritto UE, e

[38] Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza *N.V. Algemene Transport- en Expeditie Onderneming Van Gend en Loos c. Amministrazione olandese delle imposte* del 5 febbraio 1963 (C-26/62), 23. Nella versione inglese l'espressione utilizzata è "new legal order". Per un'analisi delle possibili ragioni (dogmatiche) che hanno determinato il ricorso alla nozione di ordinamento giuridico si veda ITZCOVICH 2012, 360-369.

[39] Imprescindibile, a questo proposito, richiamare Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza *Costa c. Enel* del 15 luglio 1964 (C-6/64), in particolare 1145, e Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Spa Simmenthal* del 9 marzo 1978 (C-106-77), in particolare par. 17.

[40] Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza *Melloni c. Ministerio Fiscal* del 26 febbraio 2013 (C-399/11). In realtà, una presa di posizione analoga si trova già in Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermitte* del 17 dicembre 1970 (C-11/70). Sul punto si veda LA TORRE 1999, 200 s.

[41] Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza *Melloni c. Ministerio Fiscal*, cit., par. 56-58.

che funzionano, quindi, come limiti alle limitazioni – "controlimiti", appunto – di sovranità che gli stati hanno accettato con l'adesione all'UE. In questa prospettiva si muove, tra le altre, la Corte costituzionale italiana. Da un lato, infatti, essa ha sostanzialmente recepito la giurisprudenza della CGUE in merito alla natura sovranazionale del diritto UE e ai suoi corollari, giustificando le limitazioni della sovranità nazionale che ne derivano sulla base dell'articolo 11 della Costituzione (vedi *supra*, 2)[42]; dall'altro, però, ha anche rivendicato la propria competenza a sottoporre a sindacato di costituzionalità la legge di esecuzione dei Trattati europei «in riferimento ai principi fondamentali [dell'] ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana»[43].

Recentemente la Corte costituzionale italiana ha fatto ricorso alla dottrina dei controlimiti in un modo particolare, usandola come uno strumento di pressione per sollecitare la CGUE ad un ripensamento rispetto alle posizioni espresse nella nota sentenza sul caso *Taricco*[44]. Con l'ordinanza n. 24/2017[45], la Corte costituzionale ha chiesto infatti alla CGUE di chiarire il significato della propria sentenza, evidenziandone i profili di possibile conflitto con il principio di legalità in ambito penale sancito dall'articolo 25 della Costituzione italiana individuato, appunto, come «principio supremo dell'ordinamento, posto a presidio dei diritti inviolabili dell'individuo»[46]. Ha lasciato inoltre chiaramente intendere che, qualora la risposta della CGUE non dovesse risultare compatibile con il proprio orientamento, si vedrebbe costretta a svolgere il proprio ruolo di garante del principio costituzionale di legalità, azionando la dottrina dei "controlimiti" e precludendo così ogni possibilità che i giudici nazionali si conformino alla sentenza *Taricco*. Come hanno icasticamente evidenziato Oreste Pollicino e Marco Bassini, quindi, la formale "*request for clarification*" rivolta dalla Corte costituzionale alla CGUE

[42] Si vedano, in particolare, Corte costituzionale italiana, sentenza n. 183 del 27 dicembre 1973 e Corte costituzionale italiana, sentenza n. 170 dell'8 giugno 1984.

[43] Corte costituzionale italiana, sentenza n. 170/1984, cit., par. 7.

[44] Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza *Taricco et al.* dell'8 settembre 2015 (C-105/14). La vicenda giudiziaria relativa al caso *Taricco* è articolata e complessa, tanto che POLLICINO, BASSINI 2017, ne parlano addirittura come di una "saga". Semplificando molto, questa vicenda ha avuto origine da un rinvio pregiudiziale con il quale il Tribunale di Cuneo interrogava la CGUE in merito alla compatibilità con il diritto UE delle norme italiane sulla prescrizione, con riferimento al reato di frode fiscale in materia di IVA. Il "dialogo" tra le corti avviato da questo rinvio pregiudiziale si è presto trasformato, però, in un "braccio di ferro" tra giudici nazionali e CGUE sulla questione del contenuto del principio di legalità in materia penale. In particolare, tra i principali oggetti del contendere, la natura – processuale o invece sostanziale – dell'istituto della prescrizione in ambito penale e la sua conseguente (in)idoneità a integrare gli elementi essenziali del principio di legalità. Per una sintetica ricostruzione della vicenda giudiziaria si veda la relazione del Senato a cura di DI GIAMBATTISTA 2017. Per un commento più articolato si vedano, tra gli altri, BASSINI 2016, DONATI 2016, MANES 2017, POLLICINO, BASSINI 2017, RUGGERI 2017, oltre ai numerosi saggi e interventi raccolti in BERNARDI (ed.) 2017, 177-514.

[45] Corte costituzionale italiana, ordinanza n. 24 del 26 gennaio 2017.

[46] Corte costituzionale italiana, ordinanza n. 24/2017, cit., par. 2.

somiglia molto più, nella sostanza, a una "*request for revisitation*"[47]. Ma non pare eccessivo spingersi addirittura ad affermare che l'ordinanza di rinvio della Corte Costituzionale ha, per molti aspetti, il sapore di un "ultimatum"[48]: come a dire, "la CGUE ci ripensi, o opporremo i controlimiti". Né appare fuori luogo ritenere che, con questa ordinanza, la Corte costituzionale abbia colto l'occasione per ribadire ancora una volta «la propria concezione "costituzionalmente orientata" dei "controlimiti", dei quali si riconosce *ex professo* "custode ultima" e – in buona sostanza – "unica"»[49].

Primato del diritto dell'Unione e dottrina dei "controlimiti" rappresentano quindi posizioni contrapposte e inconciliabili che rischiano costantemente di alimentare conflitti tra CGUE e corti costituzionali nazionali. È opportuno ricordare, peraltro, che è praticamente impossibile stabilire a priori se, in quali ambiti, entro quali limiti e in che termini possa porsi il problema della compatibilità tra diritto nazionale e diritto UE e, in particolare, tra costituzioni nazionali e Carta dei diritti UE, in quanto l'ambito di applicazione del diritto UE è potenzialmente controverso. In teoria, infatti, l'UE ha il potere di legiferare solo negli ambiti di competenza tassativamente attribuitigli ai sensi degli articoli 3 e 4 del *Trattato sul funzionamento dell'Unione europea* (TFUE). La stessa Carta dei diritti UE, inoltre, trova applicazione solo in questi ambiti, come esplicitamente previsto sia dall'articolo 6, primo comma del TUE che dall'articolo 51 della Carta stessa[50]. Tuttavia, come ben mette in luce l'analisi di Loïc Azoulai sul ricorso alla "formula dei *retained powers*" nella giurisprudenza della CGUE, l'ambito di applicazione del diritto UE è meno nitido e fisso di quanto la ripartizione di competenze prevista dagli articoli 3 e 4 TFUE lascerebbe pensare[51]. La CGUE distingue infatti tra l'esistenza (*existence*) di determinati poteri e il loro esercizio (*exercise*), sostenendo che gli stati membri devono agire in conformità al diritto UE anche nelle materie di loro esclusiva competenza. In questo modo, non si mette formalmente in dubbio la ripartizione di competenze tra UE e stati membri prevista dal TFUE; nondimeno, spostando l'attenzione sull'ambito di applicazione del diritto UE, se ne estende di fatto la rilevanza anche alle materie formalmente escluse dal campo di intervento dell'Unione, così che «The scope of EU law may reach far beyond the limits of the legislative powers bestowed on EU institutions»[52].

[47] POLLICINO, BASSINI 2017.
[48] RUGGERI 2017.
[49] MANES 2017, 9.
[50] Sulla questione dell'ambito di applicazione della Carta dei diritti UE si veda, in particolare, SPAVENTA 2016.
[51] AZOULAI 2011.
[52] AZOULAI 2011, 179.

5. *La Cedu e il diritto nazionale: tra dottrina del "margine di apprezzamento" e dottrina delle "norme interposte"*

La questione dei rapporti tra diritto nazionale e Cedu non è meno controversa di quella dei rapporti tra diritto nazionale e diritto UE. Anche in questo caso, quindi, nell'ambito del "dialogo" tra le corti non mancano punti di dissenso né occasioni di conflitto.

Nella giurisprudenza della Corte Edu, la principale dottrina relativa ai rapporti tra Cedu e diritto nazionale è indubbiamente la dottrina del "margine di apprezzamento", in base alla quale, fatti salvi alcuni standard minimi di garanzia, gli stati godono di una certa discrezionalità nell'individuare le forme e i modi in cui attuare e tutelare i diritti sanciti nella Cedu. Scopo di questa dottrina è bilanciare il rispetto della sovranità democratica e delle differenti tradizioni giuridiche degli stati con l'effettività della tutela dei diritti fondamentali sanciti nella Cedu. Prevedibilmente, però, la Corte Edu avoca unicamente a se stessa la competenza a decidere come bilanciare, in ciascun caso concreto, queste diverse istanze[53]. E, in ogni caso, la dottrina del "margine di apprezzamento" presuppone che, laddove la Corte Edu (unilateralmente) ritenga che non ci sia spazio per la discrezionalità degli stati (o che gli stati abbiano esercitato questa discrezionalità in termini incompatibili con la Cedu), la Cedu debba prevalere sul diritto nazionale, anche se di rango costituzionale.

Così, sebbene abbia spesso evitato indesiderabili "frizioni" tra gli stati e la Corte Edu, la dottrina del "margine di apprezzamento" non ha impedito a quest'ultima di censurare scelte del legislatore nazionale ritenute costituzionalmente legittime negli stati convenuti in giudizio. Né ha impedito che, talvolta, la Corte Edu censurasse le decisioni delle stesse corti costituzionali nazionali, come è avvenuto, ad esempio, con la nota sentenza sul caso *Nars et Ghali c. Italia* relativa alla vicenda della *extraordinary rendition* di Osama Mustafa Nasr, meglio noto come Abu Omar[54].

La Corte costituzionale italiana non sembra però condividere la tesi della preminenza della Cedu sulla Costituzione: al contrario, ha più volte ribadito inequivocabilmente che le norme della Cedu sono subordinate alla Costituzione e operano come «fonti integratici del parametro di costituzionalità» delle leggi nazionali. In altre parole, le norme della Cedu, al pari di quelle di ogni altro trattato

[53] Su possibili declinazioni ed usi differenti della dottrina del margine di apprezzamento, e sugli esiti contrapposti a cui possono portare, si vedano, tra gli altri, LETSAS 2007, IGLESIAS VILA 2013.

[54] Corte europea dei diritti umani, sentenza *Nars e Ghali c. Italia* del 23 febbraio 2016 (ricorso n. 44883/09). Con questa sentenza, la Corte Edu ha infatti condannato l'Italia per violazione dell'articolo 3 della Cedu sul divieto della tortura e di pene o trattamenti inumani e degradanti, censurando anche, specificamente, la decisione della Corte costituzionale italiana per non aver concesso alla magistratura l'accesso a documenti che, pur fondamentali per istruire il processo contro coloro che avevano operato la *extraordinary rendition* di Abu Omar, erano stati coperti dal governo con il segreto di stato.

internazionale, rientrano nella categoria (di elaborazione giurisprudenziale-dottrinale) delle "norme interposte" tra la Costituzione e le norme nazionali di rango subordinato[55]. Inoltre, sebbene riconosca il ruolo fondamentale della Corte Edu nell'interpretare le disposizioni della Cedu, la Corte costituzionale italiana è altresì costante nel rivendicare la propria esclusiva competenza a valutare la legittimità costituzionale delle leggi nazionali e, di fatto, è ricorsa ad una pluralità di tecniche argomentative per discostarsi dalla giurisprudenza della Corte Edu (talvolta anche in caso di specifiche condanne a carico dello stato italiano)[56].

La posizione attribuita alla Cedu nella gerarchia "interna" delle fonti è peraltro inferiore anche a quella riconosciuta al diritto UE, dal momento che, secondo la Corte costituzionale, l'adesione alla Cedu non comporta una limitazione della sovranità nazionale ai sensi dell'articolo 11 della Costituzione: dalla Cedu, in quanto trattato internazionale multilaterale, derivano ovviamente obblighi per gli stati contraenti ai sensi dell'articolo 117, primo comma della Costituzione; la Cedu, però, «non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli stati contraenti»[57]. Ne consegue tra l'altro che, quando i giudici nazionali ritengano di ravvisare un possibile conflitto tra le norme nazionali e la Cedu, non possono semplicemente non applicare il diritto interno, come farebbero in caso di conflitto con il diritto UE. Devono invece sollevare questione di legittimità costituzionale, in modo che la Corte costituzionale possa verificare:

> «*a)* se effettivamente vi sia contrasto non risolvibile in via interpretativa tra la norma [di legge ordinaria nazionale] censurata e le norme della CEDU, come interpretate dalla Corte europea ed assunte come fonti integratrici del parametro di costituzionalità di cui all'articolo 117, primo comma, Cost.; *b)* se le norme della CEDU invocate come integrazione del parametro, nell'interpretazione ad esse data dalla medesima Corte, siano compatibili con l'ordinamento costituzionale italiano»[58].

Poco dopo la sua prima compiuta enunciazione nelle sentenze gemelle del 2007[59],

[55] Come ben sintetizza MARONE 2015, p. 15, sono dette "norme interposte" tutte quelle «norme non costituzionali che concorrono a integrare il parametro dei giudizi di legittimità costituzionale, in forza del rinvio ad esse fatto da parte di alcune disposizioni della Carta fondamentale».

[56] Per una sintetica ricognizione ed esemplificazione di queste tecniche argomentative si veda, ad esempio, GIUFFRÈ 2016, 9-15. Si segnalano, in particolare, il ricorso alla tecnica del *distinguishing*, al «criterio della selezione e valutazione della sola "sostanza" della giurisprudenza della Corte europea» e al «principio della "tutela più intensa"» dei diritti garantita dalla Costituzione rispetto alla Cedu (principio che ha una evidente assonanza con la dottrina dei "controlimiti" già richiamata con riferimento al diritto UE).

[57] Corte costituzionale italiana, sentenza n. 348 del 24 ottobre 2007, Considerato in diritto, par. 3.3.

[58] Corte costituzionale italiana, sentenza n. 348/2007, cit., Considerato in diritto, par. 5 (corsivi nel testo).

[59] Corte costituzionale italiana, sentenza n. 348/2007, cit. e Corte costituzionale italiana, sentenza 349 del 24 ottobre 2007.

peraltro, la posizione della Corte costituzionale è andata incontro ad un progressivo irrigidimento sfociato, con la sentenza n. 49/2015[60], in un significativo ridimensionamento della rilevanza della giurisprudenza della Corte Edu e, indirettamente, della Cedu stessa. In questa sentenza, infatti, la Corte non si è limitata a ribadire «il *predominio assiologico* della Costituzione sulla Cedu»[61] ma ha anche puntualizzato quelle che ritiene esserne le conseguenze sul piano interpretativo. In particolare, dopo aver precisato che «il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla Cedu» è «subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme»[62], la Corte ha affermato che, nel compiere una interpretazione "convenzionalmente orientata" delle leggi nazionali, i giudici devono tener conto solo della giurisprudenza consolidata e delle cosiddette "sentenze pilota"[63] della Corte Edu. Nessun vincolo interpretativo deriva infatti, a suo avviso, da quelle «pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo»[64], nulla importa se tali pronunce possano far sorgere nei giudici comuni il sospetto di una incompatibilità tra una disposizione di legge nazionale (interpretata in conformità alla Costituzione) e la Cedu. Quindi, in assenza di una giurisprudenza consolidata o di una "sentenza pilota" della Corte Edu su una determinata questione, i giudici comuni dovrebbero senz'altro far prevalere l'interpretazione "costituzionalmente orientata" delle leggi nazionali su quella "convenzionalmente orientata", senza nemmeno sollecitare l'intervento della Corte costituzionale[65].

Considerata da molti, come minimo, un'espressione di "diffidenza"[66] da parte della Corte costituzionale nei confronti della giurisprudenza della Corte Edu,

[60] Corte costituzionale italiana, sentenza n. 49 del 26 marzo 2015.

[61] *Ibid.*, Considerato in diritto, par. 4 (corsivo mio).

[62] *Ibid.*

[63] Sono dette "sentenze pilota" quelle sentenze nelle quali la Corte Edu, chiamata a pronunciarsi su una pluralità di ricorsi aventi ad oggetto questioni analoghe e presentati nei confronti dello stesso stato, individua il problema "strutturale" che a suo avviso sta alla base delle ripetute violazioni dei diritti che hanno dato origine ai ricorsi e invita lo stato convenuto a porre in essere misure correttive.

[64] Corte costituzionale italiana, sentenza n. 49/2015, cit., Considerato in diritto, par. 7.

[65] Secondo la Corte, infatti, qualora i giudici comuni dovessero «interrogarsi sulla compatibilità della norma convenzionale con la Costituzione, va da sé che questo solo dubbio, in assenza di un "diritto consolidato", è sufficiente per escludere quella stessa norma dai potenziali contenuti assegnabili in via ermeneutica alla disposizione della Cedu, così prevenendo, con interpretazione costituzionalmente orientata, la proposizione della questione di legittimità costituzionale» (*Ibid.*, par. 7).

[66] GIUFFRÈ 2016, 15. Contro questo pessimismo non pare un argomento definitivo la lettura più benevola di GROPPI 2016, 32 s. secondo la quale quella della Corte costituzionale non sarebbe una chiusura rispetto alla giurisprudenza della Corte Edu ma bensì una "resistenza funzionale", «qui parait avoir pour fonction de promouvoir un changement au sein de la jurisprudence européenne, de sorte que cette dernière puisse tenir davantage compte des spécificités nationales, en laissant une marge d'appréciation aux États». Questa considerazione, infatti, non smentisce ma anzi conferma la ferma intenzione della Corte costituzionale di mantenere il controllo rispetto alla possibile incidenza della giurisprudenza della Corte Edu sul diritto italiano.

questa controversa sentenza è stata criticata sotto molti profili[67]. Quel che più preoccupa, però, è senza dubbio il fatto che, come rileva Francesco Viganò, una simile presa di posizione da parte della Corte costituzionale rischia, di fatto, di «*autorizzare qualsiasi giudice comune ad azionare direttamente la delicatissima arma dei "controlimiti"* all'adeguamento del diritto interno al diritto di Strasburgo, e a violare per questa via gli obblighi discendenti dalla Cedu»[68].

6. *La questione dell'adesione dell'UE alla Cedu*

L'ultimo ma non meno importante tassello di questa pur sintetica e parziale ricostruzione del "dialogo" tra le corti, riguarda la questione del rapporto tra Cedu e diritto UE e, conseguentemente, tra Corte Edu e CGUE. Come si è anticipato fin dall'introduzione, infatti, nel contesto europeo la tutela dei diritti fondamentali non pone solo il problema dei vincoli derivanti agli stati dalla partecipazione all'UE e dall'adesione alla Cedu, ma anche quello delle possibili frizioni e dell'auspicato coordinamento tra il "sistema" Cedu e quello dell'Unione europea. E la questione è di non poca importanza, anche perché incide sulle difficoltà con le quali si scontrano i giudici nazionali nel conciliare le norme nazionali con il diritto UE, da un lato, e con la Cedu, dall'altro. Quegli stati che, avendo aderito alla Cedu, sono anche membri dell'UE sono infatti tenuti ad una "doppia fedeltà"[69]. Nondimeno, i vincoli che derivano dall'adesione alla Cedu e dalla partecipazione all'UE, non sono necessariamente coincidenti né sotto il profilo del contenuto, né sotto il profilo della loro natura e delle conseguenze giuridiche che comportano (vedi *supra*, 4 e 5).

La ricerca di un possibile coordinamento tra Cedu e diritto UE è cosa tutt'altro che nuova. In particolare, è almeno dagli anni Settanta che la CGUE interpreta e applica il diritto comunitario (allora) o dell'Unione (oggi), tenendo conto non solo dei diritti sanciti nella Cedu (riconosciuti come principi generali del diritto UE[70]) ma anche della giurisprudenza della Corte Edu quale interprete privilegiato delle disposizioni in essa contenute[71]. Dal canto suo, poi, anche la Corte Edu ha cominciato a fare riferimento alla Carta dei diritti UE fin da prima che divenisse giuridicamente vincolante[72], in alcuni casi attribuendole addirittura «un valore

[67] Per alcuni interessanti commenti critici rispetto ai diversi profili di problematicità di questa sentenza, si vedano TEGA 2015, VIGANÒ 2015, ZAGREBELSKY 2015a, RUGGERI 2015, CONTI 2015 e 2016.

[68] VIGANÒ 2015, 340 (corsivo nel testo).

[69] ZAGRABELSKY 2015b, 127.

[70] La CGUE ha attribuito questo ruolo ai diritti sanciti nella Cedu già prima che venisse loro garantito formalmente, per la prima volta, con il Trattato di Maastricht nel 1992.

[71] Per un'ampia ricognizione di casi si vedano, tra gli altri, i saggi raccolti in BRONZINI, PICCONE (eds.) 2007.

[72] La Carte dei diritti UE, infatti, è stata approvata dal Parlamento europeo nel 2000 ma è divenuta giuridicamente vincolante solo nel 2009 con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che le ha

sostanzialmente novativo dei contenuti della Cedu»[73]. Inoltre, nella sentenza sul caso *Bosphorus*[74] (anch'essa precedente all'entrata in vigore della Carta dei diritti UE), la Corte Edu ha riconosciuto che, in linea di principio, il diritto UE assicura un livello di tutela dei diritti fondamentali equivalente a quello previsto dalla Cedu cosicché, «salvo specifiche situazioni di comprovata insufficienza di tutela, l'attuazione del diritto dell'Unione non comporta una violazione della CEDU»[75].

Come puntualizzano Giuseppe Bronzini e Valeria Piccone, inoltre, una ricostruzione delle dinamiche in atto tra Corte Edu e CGUE mostra un «ritmo imponente di intensificazione dei reciproci rimandi» che, a loro avviso, è alimentato, da un lato, dall'espansione delle competenze UE in materia di «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» e, dall'altro, simmetricamente, da «una lenta, ma persistente, evoluzione dell'ordinamento di Strasburgo (e della sua Corte) verso tematiche di carattere sociale»[76]. Oggi, poi, il quadro normativo prevede espressamente diverse forme di coordinamento tra Cedu e diritto UE. In particolare, l'adesione dell'UE alla Cedu, prevista dall'articolo 6, secondo comma del TUE, è stata "preparata" anche mediante la modifica dell'articolo 59, secondo comma della stessa Cedu, che oggi stabilisce: «L'Unione europea può aderire alla Cedu»[77]. Ci si potrebbe chiedere, quindi, cosa ancora impedisca all'UE di compiere questo passo.

Ancora una volta, alcuni indizi di una possibile risposta a questa domanda sembrano individuabili proprio attraverso l'analisi del "dialogo" tra le corti a partire, in particolare, dalla citata sentenza *Bosphorus*. Come si è detto, in questa sentenza la Corte Edu ha riconosciuto che, almeno in linea di principio, l'UE garantisce un livello di protezione dei diritti fondamentali equivalente a quello previsto dalla Cedu. Nondimeno, questo non esclude che, in uno o più casi concreti, la Corte Edu possa ravvisare violazioni della Cedu derivanti dall'attuazione del

attribuito lo stesso valore di TUE e TFUE. Per una esemplificazione di sentenze precedenti al 2009 (non solo della CGUE ma anche, e prima ancora, della Corte Edu e delle alte corti nazionali) che già richiamano la Carta dei diritti UE si veda, tra gli altri, M. GIORGIANNI 2014.

[73] MONETTI 2007, 323. Monetti fa riferimento a Corte europea dei diritti umani, sentenza *Goodwin c. Regno Unito* dell'11 luglio 2002 (ricorso n. 28957/95), nella quale per la prima volta viene adottata un'interpretazione dell'articolo 12 della Cedu aperta alla possibilità del matrimonio tra persone dello stesso sesso (anche) in ragione del fatto che: «Article 9 of the recently adopted Charter of Fundamental Rights of the European Union departs, no doubt deliberately, from the wording of Article 12 of the Convention in removing the reference to men and women» (par. 100). Questa apertura è stata poi confermata in Corte europea dei diritti umani, sentenza *Schalk and Kopf c. Austria* del 24 giugno 2010 (ricorso n. 30141/04).

[74] Corte europea dei diritti umani, sentenza *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda* del 30 giugno 2005 (ricorso n. 45036/98).

[75] DONATI 2016, 222.

[76] BRONZINI, PICCONE 2007, 295.

[77] Questa modifica dell'articolo 59, secondo comma della Cedu è stata introdotta con il Protocollo n. 14 della Cedu, adottato nel 2004 ed entrato in vigore nel 2010.

diritto UE[78]: come puntualizza Cesare Pinelli, infatti, «la regola della equivalenza [...] è in realtà una presunzione di equivalente protezione, che come tale può essere sempre smentita»[79]. Il principio della "tutela equivalente" non è quindi solo un segno di apertura della Corte Edu nei confronti dell'UE ma è anche, allo stesso tempo, l'imposizione di una condizione: il diritto UE può salvarsi dalla censura solo se garantisce una tutela equiparabile a quella della Cedu; e ovviamente la Corte Edu assume di essere l'unica a poter valutare se e quando questa condizione sia soddisfatta[80]. In questa prospettiva, quindi, la Corte Edu riconosce di fatto a se stessa il compito di esercitare un controllo esterno sul diritto UE, almeno con riferimento al modo in cui esso incide sul rispetto della Cedu da parte degli stati.

Ora, se l'UE aderisse alla Cedu, la competenza della Corte Edu ad esercitare un controllo esterno sul diritto UE verrebbe istituzionalizzata, accentuando così la tensione con il ruolo della CGUE[81]. Questa sembra essere la principale ragione per la quale, nel dicembre 2014, la CGUE ha di fatto bloccato l'adesione dell'UE alla Cedu stroncando, con il parere n. 2/13, la bozza di accordo di adesione elaborata ai sensi del Protocollo n. 8 del Trattato di Lisbona[82]. In questo parere, molto discutibile e molto criticato, la CGUE sembra infatti aver messo in campo tutte le armi possibili per riaffermare la propria esclusiva competenza a pronunciarsi su questioni legate all'interpretazione e all'applicazione del diritto UE, anche quando in gioco ci sia la tutela di diritti fondamentali, arginando qualsiasi possibile "ingerenza" della Corte Edu.

Il parere 2/13 è estremamente complesso e non è possibile rendere conto qui della sua articolazione complessiva e di tutti gli aspetti problematici che ne sono stati denunciati[83]. È però importante sottolineare che, secondo la CGUE, il progetto di accordo di adesione non garantisce la tutela delle "caratteristiche specifiche" e della «autonomia del diritto dell'Unione»[84], come invece prevede il Protocollo n. 8 del

[78] Così, ad esempio, in Corte europea dei diritti umani, sentenza *Matthews c. Regno Unito* del 18 febbraio 1999 (ricorso n. 40302/98), richiamata da TRETTER 2007, 273, nell'ambito di un'ampia analisi sul rapporto tra Cedu e Carta dei diritti UE.

[79] PINELLI 2007, 306. Sul punto si veda, inoltre, TRETTER 2007, 272.

[80] Lo evidenzia anche ZAGREBELSKY 2015b, 127.

[81] Per una lettura delle reticenze della mancata adesione dell'UE alla Cedu attraverso la lente del controllo esterno della Corte Edu sul diritto UE si vedano, in particolare, ZAGREBELSKY 2015b, ROSSI 2014 e VEZZANI 2016.

[82] Corte di giustizia dell'Unione europea, Parere n. 2/13 del 18 dicembre 2014. Non è peraltro la prima volta che la CGUE si esprime contro l'adesione alla Cedu, sebbene per ragioni diverse. In particolare, nel parere n. 2/94 aveva escluso che l'adesione alla Cedu dell'allora Comunità economica europea potesse avere luogo senza una previa modifica dei Trattati istitutivi. Si vedano, a questo proposito, le "tappe dell'adesione" ricostruite da ANRÒ 2015, cap. 2.

[83] Si rinvia, oltre che ad ANRÒ 2015, cap. 5, ai saggi di ROSSI 2014, ZAGREBELSKY 2015b, VEZZANI 2016, PARODI 2016.

[84] Corte di giustizia dell'Unione europea, Parere n. 2/13, cit., parte VII, sezione B, lettera a).

Trattato di Lisbona[85]. In particolare, nel parere si denuncia ripetutamente la mancata previsione di meccanismi di coordinamento tra la Corte Edu e la CGUE che garantiscano a quest'ultima di esercitare le proprie prerogative in materia di interpretazione e applicazione del diritto dell'UE[86]. Non sembra quindi azzardato concludere, come afferma tra gli altri Vladimiro Zagrebelsky, che con questo parere la CGUE ha inteso opporre in modo netto e inequivoco un «sostanziale rifiuto del controllo esterno» della Corte Edu[87], riproponendo in sostanza una variante di quell'eccezione della *domestic jurisdiction* che si era cercato di superare sottraendo i diritti fondamentali all'esclusivo dominio della sovranità statale[88].

È difficile prevedere quali saranno, nel lungo periodo, le conseguenze di questa presa di posizione della CGUE. Di certo, a distanza di oltre due anni, le trattative relative ad un nuovo o emendato accordo di adesione dell'UE alla Cedu sono ancora congelate. Non manca chi ritiene, inoltre, che il parere n. 2/13 della CGUE potrebbe indurre la Corte Edu a riconsiderare le conclusioni raggiunte nel caso *Bosphorus* in relazione al principio della "tutela equivalente"[89].

7. *I limiti del "dialogo" tra le corti: alcune considerazioni conclusive*

Il fatto che i rinvii incrociati contenuti nelle fonti in materia di diritti fondamentali non individuino regole di gerarchia idonee a risolvere possibili conflitti tra norme di diversa provenienza (nazionale, internazionale o sovranazionale) non è evidentemente casuale. Volendone dare un'interpretazione in *bonam partem*, si può sostenere che attraverso questa scelta si è inteso disegnare un "sistema flessibile", volto a consentire, di volta in volta, la ricerca della massima tutela possibile dei diritti fondamentali nel caso concreto. Non si può ignorare, tuttavia, che la decisione di non esplicitare una gerarchia tra diverse fonti nazionali, internazionali e sovranazionali in materia di diritti fondamentali è in parte anche l'effetto – forse inevitabile – di una *impasse* politica legata alla questione assai controversa

[85] Si noti, in particolare, che ai sensi dell'articolo 1 di questo protocollo, l'accordo di adesione «deve garantire che siano preservate le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione».

[86] Perentorio, sotto questo profilo, il parere di ROSSI 2014, secondo la quale «la Corte sembra identificare la tutela delle proprie esclusive competenze giurisdizionali con la tutela dell'ordinamento stesso dell'UE» (3). Rossi ritiene, infatti, che «tutte le critiche formulate» dalla CGUE alla bozza di accordo di adesione riguardino, «seppure sotto diverse angolazioni, il ruolo che verrebbe ad acquistare, per effetto dell'adesione, la Corte EDU, in relazione a quello della stessa CGUE», cosicché, «in effetti la CGUE trasforma in un'incompatibilità fra ordinamenti quello che si potrebbe profilare come uno scontro fra Corti» (2).

[87] ZAGREBELSKY 2015b, 126.

[88] ZAGREBELSKY 2015b, 130. Considerazioni analoghe sono espresse, inoltre, da ROSSI 2014, 4.

[89] Si vedano, in particolare, ZAGREBELSKY 2015b, 127 e 131 ss., DONATI 2016, 222, ROSSI 2014, 5. Di diverso avviso su questo punto è però VEZZANI 2016, p. 504, che, richiamando anche ANRÒ 2015, ritiene che il rifiuto di sottoporsi al sindacato della Corte Edu non sia di per sé sinonimo di minore tutela.

della ridefinizione, della frammentazione e della redistribuzione tra una pluralità di soggetti e di istituzioni di quella sovranità di cui, negli ultimi tre secoli, erano stati titolari esclusivi e assoluti soltanto gli stati. Una *impasse*, questa, che sfortunatamente sembra trovare un omologo anche in alcune decisioni delle corti, tanto nazionali quanto internazionali e sovranazionali, almeno quando assumono un atteggiamento più attento alla difesa delle proprie competenze (e prerogative) che al principio della maggior tutela dei diritti.

Sebbene, infatti, il principio della maggior tutela dei diritti – sorretto dalla prescrittività dell'interpretazione (circolarmente) conforme – sembri essere formalmente riconosciuto come criterio condiviso in base al quale definire, caso per caso, una sorta di "gerarchia assiologica mobile" tra le fonti, questo stesso principio spesso fallisce laddove il conflitto si manifesta in maniera più acuta. In questi casi, infatti, le corti faticano a mettere da parte le proprie "rivalità", arrivando in alcuni casi ad usare lo stesso principio della maggior tutela dei diritti come un espediente per aprire la strada alle rivendicazioni sulla preminenza del proprio ruolo e per difendersi dalle ingerenze di altre corti. Come ha osservato Giulio Itzcovich, infatti, «i principi fondamentali valgono davvero come "briscole" nel gioco fra le corti», perché «la base dei diritti fondamentali e dei valori supremi consente al giudice di giustificare la propria competenza nel modo più efficace»[90].

D'altra parte, dottrine come quelle del "primato del diritto UE", dei "controlimiti", del "margine di apprezzamento", delle "norme interposte" o della "tutela equivalente" sono e restano, in ultima analisi, il frutto di prese di posizione unilaterali delle corti che le hanno formulate e possono essere rimesse in discussione in qualunque momento dalle altre corti quando vi sia un disaccordo radicale sul merito delle singole questioni oggetto di discussione nel caso concreto.

Quella del "dialogo" tra le corti si rivela quindi una pratica ambivalente che, se da un lato ha spesso contribuito ad innescare un circolo virtuoso nell'innalzamento degli standard di tutela di alcuni diritti fondamentali, dall'altro non sembra ancora riuscire a sottrarsi a dinamiche "autodifensive" che richiamano da vicino quella logica delle *actiones finium regundorum* di cui parla Bin (si veda *supra*, 3). Come provocatoriamente afferma Giuseppe de Vergottini, infatti, «in carenza di puntuali regole di quadro», il "dialogo" fra le corti «rimane privo di una chiara bussola di riferimento»[91]. Almeno sotto il profilo della definizione di un "nuovo ordine" delle fonti in materia di diritti fondamentali, insomma, la «ricerca del "sistema dei sistemi"»[92] sembra ancora molto lontana dal raggiungimento del proprio obiettivo.

[90] ITZCOVICH 2004, 421.
[91] DE VERGOTTINI 2010, 37 s.
[92] RUGGERI 2014a.

Riferimenti bibliografici

ANRÒ I. 2015. *L'adesione dell'Unione europea alla Cedu. L'evoluzione del sistema di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Milano, Giuffrè, 2015.

AZOULAI L. 2011. *The 'Retained Powers' Formula in the Case Law of the European Court of Justice: EU Law as Total Law?*, in «European Journal of Legal Studies», 4, 2, 2011, 178 ss.

BASSINI M. 2016. *Prescrizione e principio di legalità nell'ordinamento costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco*, in «Consulta online», 1, 2016, 94 ss.

BERNARDI A. (ed.) 2017. *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi comunitari*, Napoli, Jovene editore, 2017.

BERTI G. 2003. *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti*, in «Rivista di diritto privato», 8, 3, 2003, 461 ss.

BIN R. 2015. *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in «Rivista AIC», 1, 2015, 1 ss.

BOBBIO N. 1960. *Teoria dell'ordinamento giuridico*, in ID. *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993, 157 ss.

BRECCIA U. 2006. *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in «Politica del diritto», 37, 3, 2006, 361 ss.

BRONZINI G., PICCONE V. (eds.) 2007. *La giurisprudenza in "movimento": luci e ombre nel processo di costruzione di uno* jus comune, in IDD., *La carta e le Corti. I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*, Taranto, Chimienti editore, 2007, 281 ss.

BRONZINI G., PICCONE V. (eds.) 2007. *La carta e le Corti. I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*, Taranto, Chimienti editore, 2007.

CARLASSARE L. 2008. *Le fonti del diritto (dir. cost.)*, in «Enciclopedia del diritto. Annali II», tomo 2, 2008, 536 ss.

CARTABIA M., GENNUSA M. 2011. *Le fonti europee e il diritto italiano*, Torino, Giappichelli, 2011.

CASSESE S. 2006. *Oltre lo stato*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

CASSESE S. 2009. *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, Donzelli Editore, 2009.

CONTI R.G. 2015. *La CEDU assediata? Osservazioni a Corte cost. n. 49/2015*, in «Consulta online», 1, 2015, 181 ss.

CONTI R.G. 2016. *Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali*, in «Questione Giustizia», 4, 2016, 89 ss.

DE VERGOTTINI G. 2010. *Oltre il dialogo tra le corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, il Mulino, 2010.

DI GIAMBATTISTA L. 2017. *Principio di legalità e prescrizione dei reati nel dialogo tra le Corti: il caso Taricco*, Note su atti dell'Unione europee, 86, Servizio studi del Senato, 2017.

DONATI F. 2016. *Sovranità, democrazia e vincoli derivanti dall'appartenenza all'Unione europea*, in «Lo stato. Rivista semestrale di scienza costituzionale e teoria del diritto», 4, 7, 2016, 217 ss.

FERRAJOLI L. 2007. *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Vol. 2, Roma-Bari, Laterza, 2007.

FERRARESE M.R. 2000. *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, il Mulino, 2000.

GALGANO F. 2001. *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, il Mulino, 2001.

GIORGIANNI M. 2014. *Il rapporto fra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nel dialogo fra le Corti europee e nazionali: il problema dell'interpretazione dei diritti umani*, in «Diritti comparati», 14 luglio 2014.

GIUFFRÈ F. 2016. *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: un dialogo senza troppa confidenza*, in «Federalismi.it», 7, 2016, 1 ss.

GROPPI T. 2016. *La jurisprudence de Strasbourg dans les décisions de la Cour constitutionnelle italienne. Une recherche empirique*, in «Federalismi.it», 21, 2016, 1 ss.

GROSSI P. 2009. *Crisi delle fonti e nuovi orizzonti del diritto*, Napoli, Satura Editrice, 2009.

GUASTINI R. 2004. *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 2004.

IGLESIAS VILA M. 2013. *A Margin of Appreciation Doctrine for the European Convention on Human Rights: In Search of a Balance Between Democracy and Rights in the International Sphere*, disponibile in https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Iglesias_CV_Eng_20130508.pdf (consultato il 15 marzo 2017).

ITZCOVICH G. 2004. *L'integrazione europea tra principi e interessi. Il dialogo tra giudici tedeschi e Corte di giustizia nella "guerra delle banane"*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 34, 2, 2004, 385 ss.

ITZCOVICH G. 2012. *Legal Order, Legal Pluralism, Fundamental Principles. Europe and Its Law in Three Concepts*, in «European Law Journal», 18, 3, 2012, 358 ss.

LA TORRE M. 1999. *Autunno della sovranità. Comunità europea e pluralismo giuridico*, in «Ragion pratica», 12, 1999, 187 ss.

LETSAS G. 2007. *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

LOSANO M.G. 2005. *Diritto turbolento. Alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti tra diritti nazionali e normative sovrastatali*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 82, 3, 2005, 403 ss.

MANES V. 2017. *La corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco". Note minime all'ordinanza della Corte Costituzionale n. 24 del 2017*, in «Diritto penale contemporaneo», 13 febbraio 2017, 1 ss.

MARONE F. 2015. *Le norme «interposte»*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015.

MAZZARESE T. 2006. *Giuspositivismo e globalizzazione del diritto: quale ridefinizione teorica?*, in «Ars Interpretandi», 11, 2006, 89 ss.

MAZZARESE T. 2008. *Interpretazione e traduzione del diritto nello spazio giuridico globale*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 8, 2008, 88 ss.

MAZZARESE T. 2012. *Diritti fondamentali*, in POMARICI U. (ed.), *Atlante di filosofia del diritto*, volume I, Torino, Giappichelli, 2012, 179 ss.

MAZZARESE T. 2015a. *Diritto, diritti, coppie omosessuali*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 15, 1, 2015, 13 ss.

MAZZARESE T. 2015b. *Garantismo (penale) di Beccaria e costituzionalismo (inter)nazionale a confronto*, in ROSSI G., ZANUSO F. (eds.), *Attualità e storicità del «Dei delitti e delle pene» a 250 anni dalla pubblicazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, 141 ss.

MAZZARESE T. 2017. *La (mancata) tutela dei diritti fondamentali fra sfide del costituzionalismo (inter)nazionale e disordine delle fonti del diritto*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 17, 1, 2017, 109-137.

MONETTI V. 2007. *I potenziali conflitti fra le Corti*, in BRONZINI G., PICCONE V. (eds.), *La carta e le Corti. I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*, Taranto, Chimienti editore, 2007, 321 ss.

OST F. 2008. *Dalla piramide alla rete: un nuovo modello per la scienza giuridica,* in VOGLIOTTI M. (ed.), *Il tramonto della modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2008, 29 ss.

OST F., VAN DE KERCHOVE M. 2002. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Fusl, 2002.

PARODI M. 2016. *Diritti umani vs. Autonomia? Il parere 2/13 della Corte di giustizia dell'UE sull'adesione dell'UE alla Cedu*, in «Federalismi.it», 3, 2016, 1 ss.

PAROLARI P. 2016. *Culture, diritto, diritti. Diversità culturale e diritti fondamentali negli stati costituzionali di diritto*, Torino, Giappichelli, 2016.

PASTORE B. 2014. *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, CEDAM, 2014.

PASTORE B. 2017. *Sul disordine delle fonti del diritto (inter)nazionale*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 17, 1, 2017, 13-30.

PETERSEN H., ZAHLE H. (eds.) 1995. *Legal Polycentricity. Consequences of Pluralism in Law*, Aldershot, Dartmouth, 1995.

PINELLI C. 2007. *Il difficile coordinamento tra le Corti nella tutela multilivello europea*, in BRONZINI G., PICCONE V. (eds.), *La carta e le Corti. I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*, Taranto, Chimienti editore, 2007, 303 ss.

PINO G. 2014. *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, Modena, Mucchi Editore, 2014.

POGGI F. 2013. *Concetti teorici fondamentali. Lezioni di teoria generale del diritto*, Pisa, Edizioni ETS, 2013.

POLLICINO O., BASSINI M. 2017. *When Cooperation Means Request for Clarification, or Better for "Revisitation"*, in «Diritto penale contemporaneo», 30 gennaio 2017.

ROSSI L.S. 2014. *Il Parere 2/13 della CGUE sull'adesione dell'UE alla CEDU: scontro fra Corti?*, 22 dicembre 2014. Disponibile in: http://www.sidiblog.org/2014/12/22/il-parere-213-della-cgue-sulladesione-dellue-alla-cedu-scontro-fra-corti/ (consultato il 15 marzo 2017).

RUGGERI A. 2008. *I diritti fondamentali tra carte internazionali e costituzione (dalla forza delle fonti alle ragioni dell'interpretazione)*, in VOGLIOTTI M. (ed.), *Il tramonto della modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2008, 145 ss.

RUGGERI A. 2014a. *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema di sistemi" come problema*, in «Rivista AIC», 2, 2014, 1 ss.

RUGGERI A. 2014b. *Sei tesi in tema di diritti fondamentali e della loro tutela attraverso il "dialogo" tra Corti europee e Corti nazionali*, in «Federalismi.it», 18, 2014, 1 ss.

RUGGERI A. 2015. *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 2, 2015, 325 ss.

RUGGERI A. 2017. *Ultimatum della Consulta alla Corte di Giustizia su Taricco, in una pronuncia che* espone, *ma non ancora* oppone, *i controlimiti (a margine di Corte Cost. n. 24 del 2017*, in «Consulta online», 1, 2017, 81 ss.

SANTOS B.S. 2002. *Toward a New Legal Common Sense. Law, Globalization, and Emancipation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

SPAVENTA E. 2016. *The Interpretation of Article 51 of the EU Charter of Fundamental Rights: The Dilemma of Stricter or Broader Application of the Charter to National Measures*, European Parliament, Study for the PETI Committee, disponibile in http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556930/IPOL_STU(2016)556930_EN.pdf (consultato il 15 marzo 2017).

TEGA D. 2015. *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in «Forum di Quaderni Costituzionali», 30 aprile 2015, 1 ss.

TEUBNER G. 1997. *Foreword: Legal Regimes of Global Non-state Actors*, in ID. (ed.), *Global Law Without a State*, Aldershot, Darthmouth, 1997, xiii ss.

TRETTER H. 2007. *La Convenzione europea sui diritti dell'uomo e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in BRONZINI G., PICCONE V. (eds.), *La Carta e le Corti. I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*, Taranto, Chimienti editore, 2007, 255 ss.

VEZZANI S. 2016. *Addio my darling, goodbye my love? Unione europea e sistema CEDU dopo il parere 2/13*, in CASSETTI L., *Diritti, garanzie ed evoluzioni dei sistemi di protezione*, Perugia, creative commons, 2016, 468 ss.

VIGANÒ F. 2015. *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 2, 2015, 333 ss.

VOGLIOTTI M. (ed.) 2008. *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, Giappichelli, 2008.

VOGLIOTTI M. 2016. *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, in «Diritto penale contemporaneo», 2 novembre 2016, 1 ss.

ZAGREBELSKY V. 2015a. *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in «Rivista AIC», maggio 2015, 1 ss.

ZAGREBELSKY V. 2015b. *L'Unione europea e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla Corte di giustizia*, in «Diritti umani e diritto internazionale», 1, 2015, 125 ss.

ZOLO D. 2004. *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

LA CORTE INTERAMERICANA Y EL SISTEMA REGIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: SURGIMIENTO, IMPORTANCIA Y PERSPECTIVAS EN EL MUNDO GLOBALIZADO ACTUAL

ANDRÉS **ROSSETTI**

&dq

La Corte interamericana y el sistema regional de protección de los derechos humanos: surgimiento, importancia y perspectivas en el mundo globalizado actual

Inter-american Court of Human Rights and the Inter-american Human Rights Protection System: Origin, Importance and Perspectives in the Contemporary Globalised World

ANDRÉS ROSSETTI

Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina
Email: andresarg@hotmail.com

ABSTRACT
El artículo analiza la importancia del derecho internacional y regional de los derechos humanos, en particular en relación con la realidad continental americana. Luego de una breve presentación de la historia, los documentos principales de protección y los órganos principales encargados de monitorear el cumplimiento de los derechos, se pasa a visualizar su evolución y funcionamiento, con especial referencia a la aparición fuerte de parte del principal órgano del sistema, la Corte, del uso de la llamada doctrina del control de convencionalidad y sus perspectivas.

The article analyses the importance of international and regional human rights law in the legal local systems of the American continent. It starts with a short presentation of the history, the main documents and organs that check the respect of human rights. Then, it follows with a reflexion about the most important organ of the system, the Court, and its new position called "control de convencionalidad" (control of conformity with the Convention) and its perspectives.

KEYWORDS
Derechos humanos, Sistema interamericano de derechos humanos, Derecho internacional

Human rights, Interamerican system of human rights, International law

© 2017, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
Tutti i diritti sono riservati.

La Corte interamericana y el sistema regional de protección de los derechos humanos: surgimiento, importancia y perspectivas en el mundo globalizado actual

ANDRÉS ROSSETTI

1. *Introducción* – 2. *Los derechos humanos. Breve estipulación* – 3. *La importancia del derecho internacional y regional de los derechos humanos* – 4. *El sistema regional americano de protección de los derechos humanos. Órganos y funcionamiento* – 5. *La Corte Interamericana y el control de convencionalidad. Presente y perspectivas frente a la globalización* – 6. *Reflexiones finales*.

1. *Introducción*

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos surge en la esfera regional practicamente en forma simultánea con el universal que lo hace bajo la órbita de Naciones Unidas, después de finalizada la Segunda Guerra Mundial a mediados de la década de los cuarenta en el siglo XX. El primero de los nombrados se da en el seno de la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA) que nuclea a los 35 países del continente americano. En este breve escrito me propongo analizar lo siguiente: después de realizada esta Introducción (1), me concentro en especificar a que me refiero en el texto con la expresión "derechos humanos" (2), para seguidamente en (3) reflexionar sobre la importancia del derecho internacional y regional de los derechos humanos en la realidad continental que se analiza. En el punto siguiente, (4), me detengo en los elementos principales vinculados con los derechos humanos y el sistema regional americano de protección de los mismos, en particular en lo que se refiere a la historia, a los documentos principales de protección como así también los órganos principales encargados de monitorear su cumplimento y los mecanismos de reclamo, a más de presentar sintéticamente el funcionamiento del sistema. En (5) se analiza, brevemente, la aparición fuerte de parte del principal órgano del sistema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), del uso de la llamada doctrina del control de convencionalidad y sus perspectivas, para luego terminar (en 6) con unas cortas reflexiones finales.

* Agradezco a las profesoras Tecla Mazzarese y Susanna Pozzolo por la invitación a disertar en la conferencia en la que se basa este texto y a quienes participaron en el debate por sus comentarios. Agradezco también al *referee* anónimo que realizó aportes que sirvieron para mejorar el artículo. Todo lo afirmado, por cierto, es de mi exclusiva responsabilidad.

2. *Los derechos humanos. Breve estipulación*

Determinar que "son", o mejor dicho que se entiende[1], por "*derechos humanos*" no resulta fácil, máxime cuando son conocidas las posiciones "*escépticas*" que se preguntan si efectivamente pueden existir éstos o las posiciones directamente "*negatorias*" de ellos[2]. No obstante esto, podría afirmase que nos encontramos, cotidianamente, con situaciones de violación permanente de lo que se da en llamar derechos humanos, lo que puede visualizarse en muchos ejemplos con sólo hojear los periódicos, ver las noticias televisivas todos los dias o, más concretamente, caminar o visitar las distintas realidades que existen en las ciudades y otros lugares del planeta. Por tanto, podría afirmarse que "existen" en tanto y en cuanto "existen" una serie de normas que aplicamos, invocamos, utilizamos y reconocemos permanententemente y las tomamos como válidas a las que, al menos genericamente, calificamos como derechos humanos. Esto no quita, por cierto, que cuando nos referimos a "derechos humanos" no seamos concientes de la ambiguedad, vaguedad[3] y carga emotiva con que cuenta la expresión[4], y que todo esto tenga una fuerte relación con lo ideológico, lo político, el poder y demás.

En el campo jurídico los "derechos humanos" pueden considerarse un descubrimiento "reciente". En efecto, dice ATIENZA (2003, 207): «El consenso actual en torno a los derechos humanos es, en efecto, un hecho cargado de significación, como lo prueba el que sólo se haya llegado a él en época muy reciente: tras la segunda guerra mundial». Y esto permite considerar que no resulte claro que significan: «we do not yet have a clear enough idea of what human rights are» (GRIFFIN, 2008, 1). Se trata de un concepto "histórico" (y por tanto variable) y que se encuentra abierto a distintas concepciones y desarrollos[5]. Esto se debe, en buena medida, a los problemas terminológicos que siempre se encuentran presentes, pero en este caso se amplían debido a la importancia del tema y su utilización en el campo político, sociológico, económico y demás.

A lo dicho contribuye, quizás, la no nítida distinción entre lo que llamamos "derechos humanos" y otras formas de denominación como por ejemplo la de "derechos naturales"[6], "derechos del hombre"[7], "derechos constitucionales"[8],

[1] Esto comporta descartar una visión "esencialista" del derecho en general y de los derechos humanos en particular.

[2] Ver PECES BARBA 1999 y BULYGIN 1987.

[3] PRIETO SANCHÍS 2000, 501 habla de «vaguedad congénita, que acaso resulte insuperable si no es por la vía de alguna definición estipulativa».

[4] Sobre las características del lenguaje normativa ver, por ejemplo, NINO 1984 y GUIBOURG et al., 1984.

[5] Al respecto, SANCHÍS 2000, 507 afirma «En suma, la idea que quiero sugerir es que los derechos fundamentales, como categoría ética, cultural e histórica -es decir prejurídica-, no constituye una concepción cerrada y acabada que los ordenamientos positivos tan sólo pueden acoger o rechazar en su totalidad, sino más bien un concepto abierto a distintas concepciones y desarrollo».

[6] Se sostiene que son aquellos derechos que derivan de la naturaleza humana ("descubiertos" por

"derechos fundamentales"[9] o "derechos básicos"[10] que tienen significados parecidos. Otro tema a considerar es el que se cuestiona si se trata de derechos "jurídicos" o derechos morales, o sea de si se trata de derechos propiamente dichos o más bien pretensiones fundamentalmente de tipo moral. La respuesta a esto no se escinde, por cierto, de la relación del tema con la moral, lo político, lo económico y, en lo jurídico, con la concepción de lo que es el derecho y si a éste se lo considera lo que *es* o lo que *debe ser*. Estipulo aquí que consideraré "derechos humanos" aquellos derechos que son así consagrados por el derecho internacional y regional de los derechos humanos, pese a lo problemático de esta estipulación, pero con ella puedo continuar con el análisis que pretendo realizar en este escrito[11]. Con ella, además, no necesito conceptualizarlos en forma mas acabada ni detenerme a analizar la cuestión de su "identidad", de sus "fuentes de producción" y de su "contenido" por encontrarse resuelto al hacerla[12]. Comparto la posición que considera que la determinación de qué *es* un derecho humano no es un problema teórico o conceptual sino más bien ideológico o de fundamentación[13].

3. *La importancia del derecho internacional y regional de los derechos humanos*

Con la aparición del derecho internacional y regional de los derechos humanos se consideró que se avanzaba en dirección de la universalización de valores éticos reconocidos en los derechos consagrados en los principales documentos que surgieron desde la creación de las Naciones Unidas (*Declaración Universal de*

distintos "mecanismos", ya sean históricos, sociológicos, religiosos, etc.) pero cuya indeterminación es muy fuerte quedando ligada a aspectos subjetivos del "descubridor".

[7] Igual significado, que el anterior, pero que en nuestros dias resulta discriminatorio. En efecto, en cuanto a significación, es una expresión muy similar a "derechos humanos" con la observación que puede formulársele de ser una terminología hoy muy cuestionada, en particular por su tinte "machista". Piénsese que autores como BAXI 1999, encuentran, incluso, que el término "human rights" es también discriminatorio por contener el término "man" incluido en él, por lo que propone el término "huper rights" en su reemplazo ya que hace referencia a los derechos de las personas.

[8] Por ellos se entiende que son aquellos derechos reconocidos expresamente, en distintas formas, en las constituciones.

[9] Es la terminología usada tanto en España como Italia en estos días y se refieren, fundamentalmente, a aquellos derechos humanos / básicos que tienen algún grado de positivización en los derechos internos de los Estados.

[10] GONZALEZ AMUCHÁSTEGUI 2004, 438 dice que se refiere a ellos «cuando quiera referirme de manera genérica tanto a los humanos como a los fundamentales».

[11] Ver CARRIÓ 1990 donde fundamenta una decisión similar.

[12] Ver ALEXY 2000. Este autor dice «Sobre los derechos fundamentales pueden formularse teorías de tipo muy diferente. Las teorías históricas que explican el surgimiento de los derechos fundamentales, las teorías filosóficas que se ocupan de su fundamentación y las teorías sociológicas acerca de la función de los derechos fundamentales en el sistema social son sólo tres ejemplos», ALEXY 2000, 27.

[13] PRIETO SANCHÍS 2000, 508.

Derechos Humanos de 1948, los dos *Pactos Internacionales* en Derechos Humanos de 1966, uno sobre Derechos Civiles y Políticos y el otro sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, etc.), lo que se dió, también, en las esferas regionales, en especial inicialmente la europea y americana. El entusiamo discursivo-normativo parece chocarse con la realidad que siguió ya que los derechos humanos, pese a la existencia de documentos, órganos y discursos, siguen siendo violentados cotidianamente e incluso en forma mas intensa con relación a muchos de ellos. El derecho internacional y regional, además, tienen al menos dos grandes problemas que no ayudan a que lo que fué su declamado objetivo inicial -lograr un mundo mejor y con más respeto de los derechos humanos para todos- pueda lograrse: 1. La "calidad" del derecho internacional ¿es "derecho", o más bien se asemeja más a un ordenamiento moral[14]? En efecto, estos "derechos" creados por los Estados Naciones, a más de tener caracter "subsidiario", son derechos que carecen de una de las características centrales de lo que se suele considerar derecho: la coerción, es decir la posibilidad de sancionar, en alguna forma, frente al incumplimiento de sus directivas y normas. Efectivamente, salvo en casos particulares y vinculados con países periféricos, débiles y que suelen tener riquezas en su territorio, en los que puede intervenir el único órgano con posibilidad concreta de sancionar que es el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y que requiere que ninguna de las cinco "grandes potencias" vete la decisión, no hay posibilidad de sanción en este tipo de derecho, más allá que existan otros modos de "presionar" a los Estados (en particular los más débiles) para que "cumplan" con los "derechos humanos". 2. El derecho internacional y regional se basan en un presupuesto que, desde su inicio y su misma estructura, tiene serios problemas con uno de los caracteres más invocados de los derechos humanos cual es el de su universalidad. Ese presupuesto es que por ser un derecho hecho por y para los Estados, las "ciudadanías" de las personas terminan siendo determinantes en relación con su actuación, ya que el cumplimiento pasa por lo que hagan o dejen de hacer cada uno de los Estados. De más está decir, entonces, que las diferencias en el cumplimiento de los derechos varían enormemente en relación con los Estados y sus políticas. Cabe suponer, de todos modos, que si una persona se encuentra en un Estado rico, poderoso y central tiene, en principio, mayores posibilidades de ver satisfechos más derechos que si se encuentra en uno pobre, débil y periférico[15].

Una de las cuestiones considerada positiva - aún cuando puede ser vista desde una perspectiva diferente - para la efectiva protección de los derechos humanos es

[14] Ver, por ejemplo, GUASTINI 1996, 149 quien se plantea si esta rama del derecho «debba essere annoverato tra i sistemi giuridici positivi o debba invece essere considerato una sorta di ordinamento morale».

[15] He trabajado el tema de la universalidad de los derechos humanos en el derecho internacional en ROSSETTI 2004.

la creación de mecanismos de protección de los mismos en la esfera regional. Esto se daría por la supuesta "homogeneidad" que puede darse entre los países de una región tanto en el campo cultural, linguístico, religioso, geográfico, de desarrollo humano y económico, entre otros items. La suposición es discutible y en el caso que aqui se trata, el americano, esos supuestos no se verifican en forma neta. Baste pensar, por ejemplo, en realidades tan distintas entre países como San Cristobal y Neves y Canadá, El Salvador y Brasil, Estados Unidos y Haití, para darse cuenta que lo dicho es más una afirmación dogmática que una cuestión que se verifica en la realidad. Ello no obsta que en el caso del sub-continente sud-americano, con más de la mayoría de la parte continental de lo que se da en llamar Centro América, hay una cierta homogeneidad, ya que - con la excepción de Brasil, principalmente- los países allí concentrados han sido ex-colonias españolas, y por tanto tienen un marcado predominio del idioma español, una fuerte base religiosa común (católica) y algunas otras características que pueden asimilarlos.

4. *El sistema regional americano de protección de los derechos humanos. Órganos y funcionamiento*

En este punto presento, en forma esquemática, alguna referencia al surgimiento del sistema, a los documentos principales que se vinculan con las protección de los derechos, los órganos principales que se encargan de monitorear el mismo y los mecanismos para lograr un pronunciamiento de ellos.

4.1. *Surgimiento*

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos surge con la creación de la OEA en la Novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá, del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948. En ella los Estados del continente aprobaron la Carta de la OEA que proclama los derechos fundamentales del individuo, sin distinción de raza, nacionalidad, credo, o sexo, y que establece como uno de los deberes fundamentales de los Estados el de respetar los derechos de la persona humana. En esa misma conferencia se aprueba la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (en adelante DADyDH). Luego siguen una serie de conferencias, documentos y creación de órganos que llevan a la consolidación del sistema que hoy rige en el continente[16].

[16] Cabe acotar que esta "consolidación" no está exenta de serios problemas jurídicos, pero también políticos, económicos, de relaciones internacionales, que incluso ponen en duda si ella es tal. La falta de fondos económicos, la demora en dictar las resoluciones, la falta de cumplimiento de ellas, la denuncia (o riesgo de) de algunos paises a la CADH, la diferencia de trato según los países de parte de los órganos del

4.2. *Documentos principales de protección de los derechos*

Los documentos que regulan la protección de los derechos humanos pueden dividirse en genéricos y específicos. Entre los primeros encontramos tres:

(a) La DADyDH, adoptada en la Conferencia citada de 1948 unos meses antes que su similar de Naciones Unidas, la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (del 10 de diciembre de 1948). Las declaraciones no tienen, según el derecho internacional como regla, efecto vinculante para los Estados. En esta se consagra la protección de los polémicamente llamados derechos de "primera generación", derechos civiles y políticos, pero también se ocupa de regular sobre los calificados como de "segunda generación" de derechos, es decir económicos, sociales y culturales[17]. También incluye deberes de tipo social, político y económico en su articulado.

(b) La *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (en adelante CADH) adoptada el 22 de noviembre de 1969, entró en vigor con su undécima ratificación el 18 de Julio de 1978. Es importante tener presente, por lo contrastante, las dos fechas citadas y vincularlas con la realidad que se vivía en gran parte del continente en esos momentos, ya que éste se encontraba asolado, en muchos países, por crueles dictaduras que poco o nulo respeto tenían por el cumplimiento de los más básicos derechos humanos de las personas. La CADH crea la Corte IDH y protege fundamentalmente los derechos civiles y políticos. En tan sólo un artículo, el 26, lo hace, en forma "débil" en relación con los derechos econonómicos, sociales y culturales que deben tener un desarrollo progresivo.

(c) *Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (Protocolo de San Salvador, que fué adoptado en esa ciudad en el año 1988). El protocolo entró en vigor en el año 1999, una vez que obtuvo la ratificación de 11 Estados. Se encarga de proteger, como su nombre lo indica, los derechos económicos, sociales y culturales.

A más de estos tres documentos genéricos, se han aprobado una importante cantidad de documentos específicos que regulan derechos puntuales. Así vemos, entre los principales, la *Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura* (aprobada en 1985 y que entró en vigor en el 1987); el *Protocolo Adicional relativo a la abolición de la pena de muerte* (1992 y entra en vigor para cada Estado cuando lo ratifica); la *Convención Interamericana sobre Desaparación Forzada de Personas* (1993 aprobada y 1996 entrada en vigor); la *Convención para la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer* (aprobada en 1994 y en 1995 entra en vigor, que ha sido ratificado por 32 de los 35 países de la OEA, con la sola excepción de

sistema, entre otros, se encuentran entre ellos. Ver FAÚNDEZ LEDESMA 2004; NASH ROJAS, MEDINA QUIROGA 2011; STEINER, URIBE 2014 y SHELTON 2015.

[17] Sobre la discutible clasificación de los derechos humanos en generaciones remito a ROSSETTI 2013.

Canadá, EEUU y Cuba); la *Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad* (1999 y 2001). También han sido aprobadas la *Convención interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia* (aprobada en el 2013); la *Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia* (aprobada en el 2013) y la *Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores* (aprobada en el 2014) que se encuentran a la espera de ratificaciones de parte de los Estados miembros para su entrada en vigor, entre otros documentos.

4.3. *Órganos principales de monitoreo para el cumplimiento de los derechos*

Los dos órganos principales del sistema en materia de derechos humanos son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte IDH, pero existen otros como por ejemplo la misma Asamblea General, el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral, la Comisión Interamericana de Mujeres, el Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, el Comité Jurídico Interamericano, y los Institutos Interamericanos Indigenista y del Niño que no serán analizados aquí[18]. En relación con los dos más importantes cabe decir:

(a) La *Comisión* fue creada en la Resolución III de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago de Chile en 1959 pero luego fué regulada, también, por la CADH. Por tanto, se trata de un órgano que tiene dos fuentes de regulación. Cuenta también con un Estatuto y un Reglamento[19]. En base a su vínculo con la OEA puede monitorear a todos los Estados miembros y lo hace en relación con el cumplimiento de su Carta y de la DADyDH, mientras que la fuente convencional le permite controlar el cumplimiento de los derechos humanos en relación sólo con aquellos Estados que han ratificado la CADH. Está compuesta por 7 miembros[20] que son elegidos por cuatro años (con posibilidad de reelección una vez) por la Asamblea General de la OEA, en base a las propuestas que hacen los Estados, y deben ser nacionales de cualquier Estado miembro de la Organización. Su actuación es diferente, entonces, según los Estados de la OEA hayan o no ratificado la CADH pero todos los Estados miembros están bajo su competencia[21]. Tiene su sede en Washington D.C.

[18] Hay información sobre ellos en los sitios web respectivos, a los que remito.

[19] Toda la información sobre la Comisión puede encontrarse en su sitio web. Disponible en http://www.oas.org/es/cidh/.

[20] Cabe señalar que desde que se conformó la Comisión, año 1960, hasta el 2011, ella ha tenido 61 miembros. 53 hombres y sólo 8 mujeres.

[21] El sistema prevee, en relación con las peticiones individuales que es la forma de monitoreo más importante tanto de la Comisión como de la Corte IDH, distintas categorías de Estados (y el comentario vale para lo que sigue vinculado con la Corte IDH). Así vemos que de los 35 países del continente, se

y sus funciones son de asesoramiento pero también realiza un importante número de informes: uno Anual para presentar a la Asamblea, como otros de países o temáticos sobre derechos humanos. La función que requiere una notable atención es la vinculada con el sistema de peticiones individuales que funciona como puerta de entrada para los casos que llegan a la Corte IDH.

(b) La Corte IDH. Fué creada mediante la CADH que la regula. Cuenta, a su vez, con un Estatuto y un Reglamento[22]. Se compone de siete jueces[23], nacionales de los Estados miembros de la OEA, que ejercen sus funciones a título personal y no sólo deben contar con "alta autoridad moral" y "reconocida versación en materia de derechos humanos", sino que deben también cumplir con "las condiciones para el ejercicio de las más altas funciones jurisdiccionales" en su propio Estado, lo que lleva a que deba tratarse, en este caso, de juristas. La elección de los mismos la realiza también la Asamblea General y participan en ella los

pueden formar los siguientes grupos sobre este tema (mes de diciembre del 2016):
1. Paises que no han ratificado la Convención. Ellos son 9, a saber: Antigua y Barbuda; Bahamas; Belice; Canada; Estados Unidos (firmó la CADH en 1977); Guyana; San Cristobal y Nevis; Santa Lucia y San Vicente y las Granadinas. Estos países pueden ser denunciados en la Comisión, pero sólo en relación a lo dispuesto en la DADyDH y otros documentos, pero no por violación de la CADH de la que no forman parte.
2. Países que han ratificado la CADH (entre paréntesis el año de ratificación) pero no han aceptado la competencia de la Corte, a saber (son 3 países): Dominica (1993); Grenada (1978) y Jamaica (1978). Estos países, a más de lo que sucede con los países del grupo 1, pueden ser denunciados ante la Comisión por violación de la CADH, pero luego no ante la Corte IDH a diferencia del grupo siguiente.
3. Países que han ratificado la CADH y la competencia de la Corte (entre paréntesis los años de ratificación y aceptación de la competencia). Son 20 países, a saber: Argentina (1984-1984); Barbados (1978-2000); Bolivia (1979-1993); Brasil (1992-1998); Chile (1990-1990); Colombia (1973-1985); Costa Rica (1979-1980); Ecuador (1977-1984); El Salvador (1978-1995); Guatemala (1978-1987); Haití (1977-1998); Honduras (1977-1981); Mexico (1981-1998); Nicaragua (1979-1991); Panamá (1978-1990); Paraguay (1989-1993); Perú (1978-1981), República Dominicana (1978-1999, pero actualmente, desde 2014, el Gobierno cuestiona su adhesión a la CADH, lo que se encuentra aun indefinido); Surinam (1987-1987); Uruguay (1985-1985). Esos países pueden ser denunciados ante la Comisión por las mismas razones que el grupo anterior, pero también pueden ser llevados, por ésta, ante la Corte IDH cuya decisión es obligatoria para ellos.
4. Países que ratificaron la CADH, aceptaron la competencia de la Corte pero luego denunciaron la CADH (el tercer año colocado entre paréntesis es el de la denuncia, es decir el del retiro del país del sistema, que entra en vigor después de un año). Son 2 países, a saber: Trinidad y Tobago (1991-1991-1998) y Venezuela (1977-1981-2012). Esos dos países están, ahora, en la misma situación que los países del grupo 1.
5. Países miembros de la OEA pero "suspendidos" sus gobiernos. Es 1 sólo país y se trata de Cuba, cuyo gobierno fué suspendido por Resolución de la Asamblea General de la OEA. Esta decisión fué modificada en el año 2009, mediante la cual se invita a un proceso de diálogo para la participación del país en la OEA.

[22] Toda la información sobre la Corte IDH puede encontrarse en su sitio web: http://www.CorteIDH.or.cr/.

[23] Si bien en este escrito no uso la "x", la "a" o bien la forma "jueces y juezas", como se hace en los tiempos actuales en el idioma español, en este caso parece justificarse, casi, el uso del término en masculino. En efecto, desde la creación e instalación de la Corte IDH tan solo 5 mujeres han ocupado tan relevante cargo. En la composición anterior, hasta el 1 de enero del 2016, no había mujeres entre los siete jueces que la conformaban y después de esta fecha fué designada una jueza que es actualmente la única representante del órgano que tiene que decidir, entre otros temas, sobre la convencionalidad o no de asuntos de género, de discriminación contra la mujer, de igualdad, etc.

Estados que han ratificado la CADH. Duran en su función 6 años y pueden ser reelectos una vez. La sede de la Corte está en la ciudad de San José de Costa Rica pero ella puede reunirse, si así lo decide, en otro lugar. Los jueces no tienen función permanente y celebran sesiones ordinarias y extraordinarias. La Corte IDH posee dos funciones diferenciadas: una consultiva, que sirve para que se pronuncie sobre aspectos de relevancia vinculados con los derechos humanos y sus instrumentos - en particular la CADH y su aplicación - a solicitud de los Estados o de los órganos de la OEA y la otra en relación con su rol "jurisdiccional" con aquellos países que han aceptado su competencia[24] en la que toma distintos tipos de decisiones, que van desde medidas provisonales a sentencias que versan sobre el fondo de lo planteado, pero también sobre las reparaciones y otros aspectos.

4.4. *El mecanismo de peticiones individuales ante la Comisión y la Corte: efectos de las decisiones*

Las decisiones que toman la Corte IDH y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[25], tienen diferente valor y efecto, pese a que podría decirse que la regla, es que se deben respetar todas las decisiones de los dos organos que monitorean el cumplimiento de los derechos humanos, pero deben señalarse diferencias entre los distintos pronunciamientos posibles.

Pueden distinguirse sus decisiones entre las que son "obligatorias" y vinculantes, en sentido fuerte, de las que no lo son[26].

(a) El primer grupo está conformado por las decisiones "*obligatorias*" - en sentido fuerte del término, o sea que deben ser cumplidas y respetadas por una obligación jurídica clara - y vinculantes. Aquí entran solamente las decisiones de

[24] Teóricamente puede ser aceptada, también, por un Estado que no lo haya hecho en relación con un caso puntual, pero no se ha dado y dificilmente suceda.

[25] Excluyo del análisis las decisiones de organismos que pertenecen al sistema universal de protección de los derechos humanos de Naciones Unidas.

[26] Y aquí hay un problema terminológico en relación con los términos "obligatorio" y "vinculante" que deben ser consideradas. Denomino "obligatorias" las decisiones que deben, sí o sí - con independencia de los problemas de ejecutabilidad y otros - ser cumplidas y respetadas por el Estado, mientras que las demás pueden ser consideradas como recomendaciones por la imposibilidad de reclamo o ejecución en caso de incumplimiento. Sin embargo, la "obligatoriedad" o "vinculatoriedad" de las decisiones puede referirse a si ellas tienen o generan vínculos, y en realidad *todas* las decisiones de estos organismos de control, en mayor o menor medida, generan algún tipo de vínculo jurídico, más allá que sea seguida o no y que pueda exigirse jurídicamente. Por tanto, podrían redimensionarse los términos "obligatorio" y "vinculante" ya que todas las decisiones en realidad lo son. En realidad, puede decirse que hay dos niveles de obligatoriedad y vinculatoriedad: uno "fuerte" y que debe ser cumplido porque se ha aceptado ese compromiso a nivel internacional (sentencias de la Corte IDH contra un país que ha aceptado la competencia de aquella) y otro "débil" que también "debiera" ser cumplido porque emana de una fuente de derecho pero si no sucede no existe forma de exigir el cumplimento y no hay un compromiso formal de aceptar esas decisiones.

la Corte IDH cuando ellas recaen en forma directa en un caso en el que el Estado involucrado ha aceptado su competencia y es llevado ante ella en forma contenciosa y el Tribunal dicta sentencia (de fondo, reparaciones) o medidas provisionales[27] en su contra. Las decisiones de la Corte IDH deben - con independencia que efectivamente suceda[28] - ser obedecidas y son inapelables[29]. A su vez, por Reglamento se han previsto mecanismos frente a la misma Corte para reclamar por la falta de ejecución - o defectuosa ejecución - de las sentencias.

(b) El segundo grupo, más amplio que el anterior, está formado por las decisiones que suelen calificarse como "no obligatorias"[30], o sea aquellas decisiones cuyo cumplimiento los Estados no se han comprometido necesariamente a respetar, pese a que se supone que debieran hacerlo, por eso podrían ser calificadas mas apropiadamente como obligatorias en sentido débil. En efecto, este tipo de decisiones, deben ser tomadas en cuenta al momento de decidir las políticas públicas y las controversias en los casos judiciales - y debieran ser seguidas - pero se dice que no son "obligatorias" porque no se ha tomado el compromiso pleno de cumplirlas y, si no son respetadas, no hay mecanismos jurídicos que permitan su exigencia o reclamo. Dentro de este grupo, cabe distinguir distintos y variados tipos de decisiones. Las principales - presentadas en forma decreciente en relación con su importancia - son las decisiones de la Corte IDH en casos contenciosos que no se refieren al Estado involucrado sino a otros países[31]; las decisiones de la Corte IDH que no son casos contenciosos o sea cuando se trata de la función consultiva realizadas mediante Opiniones Consultivas que son una suerte de "interpretación auténtica" de la CADH y de otros documentos vinculados con ella[32]; las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relacionadas con el Estado denunciado en casos "cuasi-judiciales"[33]; las decisiones de la ComIDH en los

[27] Estas incluso pueden ser dictadas cuando la denuncia se encuentra en trámite en sede de la Comisión, pero a pedido de ella la Corte las dicta y, en ese caso - siempre que se trate de un Estado que ha aceptado su competencia - son obligatorias para el Estado en cuestión.

[28] Pese a la indiscutida obligatoriedad jurídica, no siempre todas las decisiones de la Corte IDH se cumplen puntualmente. Al respecto, con referencia por ejemplo al caso argentino, ver GONZÁLEZ-SALZBERG 2011. Un interesante estudio muestra el grado de cumplimiento de las diferentes decisiones en el sistema interamericano de derechos humanos, donde se incluyen las sentencias de la Corte IDH: BASCH et al. 2010.

[29] Dice el artículo 67 CADH «El fallo de la Corte será definitivo e inapelable» y el 68 «1. Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes».

[30] O bien obligatorias en sentido débil, tal como se señaló en la nota 26.

[31] En efecto, HITTERS 2013 considera que tienen practicamente un efecto *erga omnes*, mientras que BIANCHI 2010 entiende que si bien se deben tener en cuenta, se debe evaluar si corresponde o no la aplicación de los precedentes.

[32] Al respecto, dice HITTERS 2008, 150 «En síntesis, puede sostenerse que esta específica alta función interpretativa que cumple el cuerpo de marras, si bien no es vinculante en sentido propio, su fuerza - como vimos - se apontoca en la autoridad científica y moral de la Corte, y tiene efectos jurídicos innegables para todo el modelo regional, y en particular para el Estado que lo solicitó».

[33] Se suele distinguir entre casos "judiciales" (con decisiones obligatorias), "cuasi-judiciales" (que tienen

diferentes casos "cuasi-judiciales" que no involucra directamente al Estado en cuestión sino a otros Estados; decisiones "generales" de la Comisión tomadas en informes que ella realiza, sobre aspectos generales, temáticos o bien puntuales sobre países en los que se señala su posición en diferentes aspectos.

No pretendo profundizar lo dicho[34] sino que mi intención ha sido mostrar la gran variedad existente en relación con las fuentes y su diferente "valor" dentro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y sus efectos en los Estados del mismo. Sin embargo, cabe aclarar que, en base a lo visto, el sistema se asienta en las peticiones o denuncias individuales que comienzan ante la Comisión para luego, eventualmente, llegar ante la Corte IDH, según los casos. Los sujetos legitimados para hacer la petición son cualquier persona o grupo de personas o entidades no gubernamentales legalmente reconocidas en uno o más Estados miembros de la OEA, quienes puede denunciar por violación de los derechos protegidos en la DADyDH, la CADH o el Protocolo de San Salvador (arts. 8.a y 13) aunque también pueden considerarse otros, en ciertos casos, establecidos en otros documentos[35]. Por tanto, hay una legitimación amplia ya que no hace falta ser la víctima para denunciar aun cuando tiene que existir una víctima, la cual debe ser una "persona física" por lo dicho en la DADyDH, en el Preámbulo y el artículo 1.2 de la CADH el que expresa que "persona es todo ser humano". Las normas reglamentarias permiten también la actuación de oficio de la ComIDH. Se puede denunciar solamente a un Estado miembro de la OEA por un hecho imputable al mismo (actos u omisiones, actos de grupos aparentemente civiles, falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención, etc.) y puede hacerse por violación de derechos de personas que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado incriminado. La petición debe recaer sobre hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención - cuando sea el caso[36] - con respecto del Estado denunciado. Los derechos protegidos son los del sistema interamericano y deben tenerse en cuenta las reservas en el caso de la CADH y el Protocolo de San Salvador.

Para realizar la denuncia se debe, de ser posible, mencionar el nombre de la víctima y los datos del denunciante (con eventual pedido de reserva), narrar los hechos, acompañar el nombre de cualquier autoridad pública que haya tomado conocimiento de ellos, individualizar al Estado que el peticionario considera

un procedimiento similar a los anteriores, pero cuyas decisiones no son obligatorias) y "políticas" (que emanan de órganos "menos técnicos" y con visión fundamentalmente política de la cuestión).

[34] He trabajado el tema en ROSSETTI 2011 y 2015.

[35] Existe también la posibilidad, en virtud del artículo 45 de la CADH, de denuncias interestatales. Esto se ha dado solamente en dos ocasiones (2006 y 2009), por lo que no me detengo a analizarlas.

[36] En efecto, se han juzgado numerosos casos vinculados con hechos ocurridos en las dictaduras de los años 70 en los países del continente que aún no integraban el sistema ya que sus efectos, por ejemplo la desaparición de personas, seguían vigentes al momento de ratificar los respectivos países la CADH.

responsable de la violación y acreditar la interposición y el agotamiento de los recursos internos conforme los principios del derecho internacional (hay, sin embargo, previstas tres excepciones en el artículo 46,2 de la CADH) como así también la presentación debe hacerse dentro del plazo de los 6 meses de notificada la sentencia o decisión definitiva contraria emitida por el máximo órgano jurisdiccional estatal. Por último, la materia de la petición, como regla, no debe estar pendiente en otro procedimiento de arreglo internacional.

El procedimiento prevee distintas etapas, donde se destaca el intento de parte de la Comisión de buscar una solución amistosa, que de fracasar lleva a los informes que ella realiza pronunciándose sobre la cuesión que le ha sido sometida. Luego, eleva el caso - y la regla ahora es que así se hace cuando hay un informe desfavorable contra un Estado, salvo que expresamente se pronuncien en contra la mayoría de sus miembros - a la Corte IDH, cuando se trate de Estados que han aceptado su competencia.

La Corte IDH entiende sobre la admisibilidad, contempla y eventualmente dicta medidas provisionales, celebra audiencias y realiza un procedimiento que termina con el dictado de la sentencia que resuelve el fondo y las reparaciones a aplicar. Cabe manifestar, a su vez, que este tribunal tiene una interesante casuística en materia de reparaciones. En efecto, a más de dictar la sentencia que ya de por sí, según ella, conforma una forma de reparación, establece la responsabilidad del Estado involucrado y las reparaciones pecuniarias que considere, también establece una serie de reparaciones de tipo no pecuniario cuyo cumplimiento suele generar más resistencia en los Estados. A este fin, por ejemplo, dentro de este tipo de reparaciones, e incluyo las no monetarias o atípicas entre otras que no me detengo a analizar aquí[37], se requiere la construcción de monumentos para recuerdo y homenaje de las víctimas, el pedido de perdón público de parte de la más alta autoridad estatal, el colocar el nombre de la o las víctimas para una escuela, hospital o avenida, entre muchas otras.

Sobre la jurisprudencia de la Corte IDH, la misma es variada y rica. En sus comienzos se concentró, principalmente, en el análisis de los problemas vinculados con los efectos de los régimenes dictatoriales que asolaron la región, y por tanto la materia penal ocupó - y aún sigue ocupando - una buena porción de la atención. Por ellos temas como la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; las ejecuciones extrajudiciales; la desaparición forzada de personas y las leyes de amnistía, entre otros, fueron temas prioritarios. Sin embargo, también la libertad de expresión, la pena de muerte, el derecho a la vida, la protección de las poblaciones originarias y la protección ambiental, aspectos vinculadas con las garantías procesales y el debido proceso, derechos de las mujeres, de niños y

[37] He trabajado el tema en ROSSETTI 2010.

aspectos diferentes empezaron a ocupar también la agenda del tribunal cada vez con más fuerza[38].

5. *La Corte Interamericana y el control de convencionalidad. Presente y perspectivas frente a la globalización*

En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos las decisiones de la Corte IDH son "obligatorias" y ella tiene dicho que los jueces de los Estados Parte deben realizar un "control de convencionalidad" al momento de aplicar las normas en sus respectivos procesos, es decir deben merituar si la norma - o lo que sea objeto de control - es acorde o no con la CADH y con otros documentos del sistema, y de no serlo no deben aplicarla[39].

El "afianzamiento" del llamado "control de convencionalidad" en el sistema interamericano hoy es notable. Si bien este control podía considerarse "posible" desde el inicio mismo de la actividad de la Corte IDH, apareció en tiempos recientes y se está avanzando al respecto. En efecto, la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile* (26 de Septiembre de 2006) invoca explícitamente este tipo de control[40]. Esta posición se repite en los casos *Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* (24 de noviembre de 2006[41]) donde dice que debe incluso ser realizado el control de oficio; en *La Cantuta vs. Perú* (29 de noviembre del

[38] Ver, por ejemplo, NASH ROJAS, MEDINA QUIROGA 2011, STEINER, URIBE 2014 y SHELTON 2015.

[39] Ver ALBANESE 2008, HITTERS 2009, BIANCHI 2010 y BAZÁN 2012.

[40] En el punto 124 la Corte exactamente dice: «La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Conv. Am. D. H. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana». En el punto siguiente, 125, invoca la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de Naciones Unidas (de 1969) y la obligación de respetar los pactos (principio de buena fé y el *pacta sunt servanda*).

[41] En el punto 128 dice: «En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, ex officio, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control debe ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones». Ratifica esta posición en *Raxcacó Reyes vs. Guatemala* (9 de Mayo de 2008, pto. 63), entre otros fallos.

2006, punto 173) y en *Boyce y otros vs. Barbados* (20 de noviembre de 2007, punto 78)[42], entre otros.

En el caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, punto 339 *in fine* reafirma que al realizar su tarea: «el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana» y en *Cabrera Garcia y Montiel Flores vs. México* (26 de Noviembre de 2010) señala en el punto 225 que «los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todas las instancias» deben realizar el control.

El caso *Gelman vs. Uruguay* del 24 de Febrero del 2011, confirma lo ya dicho pero aquí la Corte IDH incluye a *todos* los órganos del Estado en el control de convencionalidad al decir «que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial» (párrafo 239) y en *Gelman vs. Uruguay* del 20 de Marzo del 2013 (Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia) sostiene que el control de convencionalidad debe hacerse tanto para la emisión como para la aplicación de las normas.

Cabe recordar, luego de esta rápida presentación de algunos de los principales casos en los que se ha tratado el tema del control de convencionalidad por la Corte IDH, que el derecho internacional y regional tiene lo que se da en llamar "caracter subsidiario" con respecto a los derechos nacionales lo que puede considerase en un momento incierto. En efecto, hoy la cantidad de casos que son llevados a los organismos supra-nacionales aumenta dia a dia y, a su vez, la participación de esos organismos - como acaba de visualizarse en el caso regional - es cada vez más "invadente" en relación con los asuntos internos de cada Estado parte. Al vértice más alto del sistema jurídico de (la mayoría de) los estados americanos parecería estarse consolidando - si se afianza el sistema regional - la CADH como el documento que tiene supremacía (delegando a las constituciones nacionales a un segundo nivel), al menos en relación con el abarcativo campo de los derechos humanos, en los países que la han ratificado y aceptan la competencia de la Corte IDH. La pregunta a formularse sería: ¿es esto bueno? O mejor dicho: ¿Cuáles son las ventajas y desventajas que esto acaerra?[43]. Las respuestas pueden ser varias, pero parece claro que la introducción del derecho internacional y regional de los derechos humanos en los ordenamientos internos es un proceso vertiginoso que se afirma ya en practicamente la mayoría de los países. Ello, unido a una serie de otros fenómenos vinculados con la llamada "globalización", como los cada vez más intensos (y cambiantes) procesos de (des)integración entre países, las corrientes migratorias y sus efectos en relación

[42] En este caso sostiene que la inconvencionalidad comporta, en el caso concreto, la inaplicación de la norma objetada por carecer de efectos jurídicos.

[43] Ver FERNANDEZ VALLE 2008.

con el multiculturalismo o el pluriculturalismo, las variaciones en campos como la economía, la tecnología, la comunicación o las relaciones internacionales, por citar sólo algunos ejemplos, influyen directamente en el derecho y generan cambios - lógicos e inevitables pero cuyos efectos son difíciles de preveer anticipadamente - en él. Ello obliga a repensar y reacomodar muchas cuestiones vinculadas con el derecho, como por ejemplo su mismo rol, como así también - con la "ayuda" de éste - el rol del Estado, del gobierno, de las instituciones, de la democracia y también de actores no institucionales.

La estructura *formal* jurídica de los ordenamientos con la incorporación de las normas regionales (y universales) de derechos humanos ha reforzado el cúmulo de derechos protegidos normativamente en forma explícita. No hay un reflejo concreto de ello en la realidad, ya que el cumplimiento de las normas es escaso[44] y en buena medida depende en parte de la voluntad de las autoridades de turno. Las perspectivas y los balances no son fáciles de hacer ya que hay ventajas y riesgos. Lo que se aspira, se supone - pese a que hay elementos para dudar - es lograr, frente a esta nueva circunstancia de cada vez más normas y órganos de control, mejorar la realidad de los países y sus habitantes quienes cuentan cada vez con más derechos (formales) para todos y no sólo para algunos de los seres humanos. El avance incesante del derecho (internacional y) regional de los derechos humanos es "un hecho" que se presenta como "irrefrenable" y produce, en cierto sentido, una "dependencia" cada vez más marcada de los ordenamientos internos con respecto a ellos. La exigencia de más derechos desde órganos universales o regionales "impone" pautas, conductas, políticas que se vinculan no sólo con los derechos sino también con una importante gama de otros aspectos relacionados con ellos como lo económico, lo político, lo cultural que posibilitan que - con la "excusa" o en razón de la protección de derechos humanos - se generen y "justifiquen" interferencias, presiones o incluso hasta intervenciones (en el peor de los casos armadas) en su nombre, las que muchas veces pueden generar mayor violación aún de aquellos[45] fundamentalmente en relación con algunos países que no son los más poderosos. Se usa la expresión "imperialismo de los derechos humanos" para graficar esto último.

En el caso del sub-continente latinoamericano las perspectivas son alternantes y depende de la voluntad de los gobiernos y las clases dirigentes de cada Estado, las que por cierto actuan bajo presión externa de distintos actores - Gobiernos, multinacionales, grandes grupos económicos y vinculados con la comunicación, FMI y Banco Mundial, ONG's, ONU y OEA, etc. - que no siempre se preocupan, *realmente*, por los derechos humanos de las personas, al menos en relación con los sujetos más vulnerables. En el campo interno la situación es variable por la presencia, siempre, de actores poderosos que suelen presionar y actuar para mantener sus

[44] Ver, con referencia a la región analizada, GARCIA VILLEGAS 2011.
[45] Ver por ejemplo GAMBINO 2001, DOUZINAS 2006, ZOLO 2011 y PERUGINI, GORDON 2016.

privilegios basándose paradójicamente precisamente en derechos frente a la exigencia de otros protagonistas, más vulnerables, que buscan que se cumplan otros derechos humanos para satisfacer sus necesidades básicas. Los conflictos de derechos, suelen ser en muchos casos resueltos por y para el primer grupo, minoritario, con influencia en el poder con resultados desalentadores en relación con los derechos humanos del segundo grupo, normalmente mayoritario. Es ahí donde aparece la "ventaja" de la "internacionalización" del derecho. Con ella puede decirse que existe una mayor cantidad de derechos reconocidos[46] normativamente (cuyo origen y desarrollo tiene un importante componenente basado en lo que podría llamarse la "cultura occidental" y esto también importa en la región particularmente en relación con los pueblos originarios), que existe una mayor cantidad de órganos de control que se encuentran, en principio, ajenos a la "pelea" política interna y, por tanto, presumiblemente con un mayor grado de objetividad. Sin embargo, hay también resistencia debido a los "riesgos" que conlleva la "pérdida de la soberanía estatal" y la intromisión de factores de poder "externos" en las decisiones internas o bien que esas intromisiones - de los diferentes tribunales, comités, organismos - se basen en decisiones tomada por organismos cuya legitimidad, por su forma de elección, es "discutible". En efecto, la siempre válida objeción "contramayoritaria" relacionada con el rol de los jueces a nivel interno se plantea, incluso reforzada, en relación con las potestades de los diferentes organismos de monitoreo (universales o) regionales en materia de derechos humanos que pueden, incluso, hasta modificar decisiones tomadas "democráticamente"[47] en los ámbitos locales. Estos "riesgos" se acrecientan frente a posibles situaciones que se pueden verificar si las endebles "democracias" latinoamericanas producen cambios que generan beneficios para su pueblo y los titulares de los derechos humanos y ellos pueden ser frenados por esas decisiones "minoritarias" de órganos de monitoreo externo eventualmente influenciadas por intereses del poder económico y político internacional[48]. También puede suceder lo

[46] Esto por cierto puede ser considerado, en cambio, como un aspecto negativo. No me detengo aquí a analizar la discusión vinculada con este aspecto sobre el "minimalismo" y los derechos humanos, sus ventajas y riesgos. Ver, por ejemplo, MAZZARESE 2006.

[47] Los intentos de desestabilizar las democracias en los países latinoamericanos son constantes tal como puede verse en el caso de Honduras en el 2009, a lo que se agregan - con características distintas a las llevadas a cabo en los 70 del siglo pasado mediantes feroces y sanguinarias dictaduras cívico-militares - nuevos mecanismos de alteración de un concepto fuerte de democracia en base a la concentración en pocos medios de comunicación, aspectos económicos y otro tipo de factores de presión que debilitan las ya precarias formas democráticas existentes en los países de la región.

[48] El caso de Venezuela puede ser citado en este sentido. Este país presentó su denuncia, el dia 10 de septiembre del 2012, de la CADH. El peso de esta denuncia formulado por un país de las características que tiene ese Estado, ha generado, por cierto, visiones disímiles y encontradas en referencia a lo político e incluso lo "constitucional", pero la nota depositada por el Gobierno señala razones que dan razones de la decisión, invocando una visión parcial y política en el tratamiento de los casos por parte de la Comisión y la Corte IDH con respecto a ese Estado en particular y en relación con el trato con otros Estados. Las denuncias de Estados Miembros a la Convención comportan el fin del sistema interamericano de protección de los derechos

contrario y que sea la Corte IDH la que ponga frenos a decisiones arbitrarias, contrarias a los derechos o autoritarias. La evolución que se visualice en relación con esta doctrina del control de convencionalidad que está imponiendo la Corte IDH señalará una parte del éxito de esta internacionalización - en este caso en el ámbito regional - y de la globalización del derecho, pero ello, en buena medida, depende - si por éxito se entiende no su imposición sino su aceptación - del grado de "democraticidad" y de reconocimiento de derechos para todos que lo jurídico tenga a nivel local y la relación armónica de éste con lo que suceda a nivel regional y global. El presente desde el enfoque de los derechos y su real cumplimiento aparece como un fracaso y las perspectivas no parecen muy alentadoras.

6. *Reflexiones finales*

La globalización exige que el "derecho", y los intereses directamente vinculados con éste, se adapten continuamente a los cambios que ella produce. El rol de lo jurídico no varía - aun cuando de lo que se trate sea de derechos (humanos) - y por tanto sigue usándose al derecho como el "instrumento" que es en relación con la lucha por el poder en la que se encuentran los seres humanos. En ella se mezclan también lo político, lo económico, lo comunicacional y tantos elementos más que influyen en la construcción de sociedades para mejorar o empeorar según los casos. La reflexión a realizar es la de visualizar si los numerosos y diferentes tratados de derechos humanos - con sus diferentes mecanismos internacionales, regionales en el caso de este texto el ámbito americano como locales a más que también en relación con el plano discursivo y político - cumplen su declamado objetivo de impulsar la garantía de derechos en particular para los sujetos más vulnerables o si, en cambio, sirven para lo contrario, es decir como "excusas" para hacer creer que todo cambia o puede cambiar para que nada cambie o incluso empeore. Pueden pensarse un buen número de posiciones intermedias - y duales - que es lo que parece que sucede[49]. Es claro que el enorme aumento de normas, tratados, órganos y demás, no han traído una *real* mejoría en el goce de los derechos humanos a una enorme cantidad de seres humanos titulares de ellos[50]. A esto se suma el

humanos, si se concretan en un buen número.

[49] Así según diferentes estudios que han analizado los efectos de la ratificación de tratados en las realidades internas de los países. Ver, por ejemplo, KENNEDY 2002. Sobre la función "dual" de, por ejemplo, Naciones Unidas en relación con los derechos humanos, ver CLAVERO 2014.

[50] A modo de ejemplo, con el actual "derecho" leemos el reciente informe de OXFAM, Enero de 2017 titulado *Una economía para el 99%*, donde se muestra que los ocho hombres (ninguna mujer) mas ricos del mundo poseen la misma cantidad de riqueza que la mitad de la población mundial más pobre (3.600 millones de personas). Disponible en https://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/ file_attachments/bp-economy-for-99-percent-160117-es.pdf.

interrogante de si el avance "globalizador" ayuda, o bien mantiene el *status quo* o sirve incluso para dominar y someter más. La evaluación que se pretende no tiene una respuesta fácil y concluyente. El objetivo debiera ser el pleno cumplimiento de todos los derechos humanos para todos los seres humanos pero esto está lejos de lograrse. Esto es así pese a que las *normas*, externas y también generalmente internas, regulan, con limitaciones, en una forma que puede considerarse, teóricamente, como aceptable en relación con la protección de los derechos, pero ellos siguen, en muchos casos, igualmente sin cumplirse en forma plena - las ciudadanías, por ejemplo, aparecen como un obstáculo importante y por cierto, la interpretación del "derecho" es también determinante[51]- y por eso hay que continuar bregando por ellos hasta lograrlo. No obstante lo dicho, esta "lucha" se desarrolla, principalmente, en el campo de lo local y hasta lo individual - pero sobre lo que tanta influencia tiene lo determinado por lo regional y global - empezando por núcleos sociales pequeños que luego pasan a concentrárse en los Estados. Lo que sucede es que las normas internacionales, regionales o locales pueden, eventualmente, ayudar, pero mientas se mantenga la estructura actual del poder internacional (pero también local) con el derecho internacional y regional de los derechos humanos que no deja de avalarlo, poco podrá lograrse, porque es desde esa misma estructura que pone a los Estados como sus sujetos principales[52] que se genera una situación de desigualdad entre los mismos Estados y también entre los seres humanos que los habitan. No parece razonable pensar que con esto se pretenda, realmente, cambiar para lograr más derechos humanos para todos. La declamada universalidad de los derechos, con sus problemas de tipo teóricos y prácticos, se vuelve pura retórica sin posibilidades serias de concretizarse.

Sin embargo, pese al pesimismo reflejado en el párrafo precedente, es deseable, paradójicamente, que mediante los mecanismos, argumentos, fuentes y herramientas que hoy existen y que proporcionan tanto los derechos nacionales como regional e internacional de los derechos humanos, se persiga, a través de ellos, que cada uno de los seres humanos, cada persona en concreto, cada titular directo de los derechos consagrados, pueda gozar de todos ellos y vivir dignamente.

En definitiva, los derechos humanos - su práctica y su discurso, como también "su realidad" - pueden ser vistos y usados como un elemento de cambio pero también como una especie de pantalla, de cortina de humo que colabora a que parezca que la realidad puede cambiar, o mejor dicho *está cambiando*, cuando no es

[51] He trabajado el tema en ROSSETTI 2016.

[52] Y con ellos se mantiene la idea de ciudadanía nacional, lo que es un problema en relación con los derechos humanos como son entendidos hoy ya que atenta contra su pregonada universalidad. Basta ver, por ejemplo, con que si uno nace en un determinado país tiene la expectativa de vivir aproximadamente más de 80 años, mientras si lo hace en otro sus expectativas de vida no llegan, en promedio, a los 40 años.

así. Además, no todos los contextos valen igual: democracias o dictaduras; capitalismo o bien otro tipo de régimen económico; sociedades donde el índice de desigualdad económica es alto o no; aquellas en las que la tasa de discriminación contra la mujer es alta o no, etc. Las diferencias señalan prioridades diferentes y están condicionadas, a su vez, por muchos aspectos, donde el cultural es también determinante. La universalidad que se pregona de los derechos humanos "encubre", en cierto sentido, el que puede calificarse como "holocausto cotidiano" que mata a pobres e indigentes continuamente en muchos y variados puntos del planeta por razones facilmente evitables en las condiciones actuales. Es determinante visualizar la relación entre los derechos humanos protegidos en la esfera internacional, regional o local como una disputa en la que existe una fuerte tensión que lleva a resultados "dudosos" para el efectivo ejercicio y cumplimiento de los derechos. Resulta necesario, por tanto, empezar a pensar cambios y reformas para que la pregonada "universalización", al menos en algún sentido del término, pueda empezar a vislumbrarse a nivel mundial, regional y local. Hoy sigue pareciendo, con dudas, importante y útil para la defensa y protección de los derechos humanos ser parte de los tratados de derechos humanos, pero depende de como evolucione lo externo y lo interno, como cambien las composiciones de los órganos y sus decisiones, de como evolucionen los gobiernos y sus políticas, para poder evaluar si lo dicho sigue siendo válido. Por cierto, el derecho no deja de ser un instrumento de lucha y los derechos humanos son usados en ella. Puede(n) ser usado(s) para igualar y para liberar a todos, en especial a los más oprimidos, vulnerables, olvidados e invisibles, o bien para oprimir, mantener privilegios y discriminaciones, con sus muchas posiciones intermedias. El rol de la Corte IDH se inserta en esta lógica y puede cumplir, con su "control de convencionalidad" y los demás mecanismos con que cuenta, una función en uno u otro sentido.

Por último, cabe afirmar que lo jurídico cuenta - en buena medida como argumento - pero la cuestión pasa, fundamentalmente, por otro lado. Por tanto, la determinación del uso de los derechos humanos en un sentido o en el otro la toma cada uno de nosotros dia a dia con nuestras decisiones y conductas, aún cuando algunos, los poderosos, tienen una capacidad de incidencia mucho mayor.

Referencias bibliográficas

ALBANESE S. (ed.) 2008. *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008.

ALEXY R. 2001. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008 (ed. or. *Theorie dtr Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986, trad. esp. de E. Garzón Valdés y R. Zimmerling).

ATIENZA M. 2003. *El sentido del derecho*, 2 ed., Barcelona, Ariel, 2003.

BASCH F., FILIPPINI L., LAYA A., NINO M., ROSSI F., SCHREIBER B. 2010. *La efectividad del sistema interamericano de protección de derechos humanos: un enfoque cuantitativo sobre su funcionamiento y sobre el cumplimiento de sus decisiones*, en «Sur», 7, 12, 2010, 9 ss., disponible en http://www.conectas.org/Arquivos/ edicao/publicacoes/ publicacao-20142416563016l-76428001.pdf (consultada el 22/2/2017).

BAXI U. 1999. *Voices of Suffering and the Future of Human Rights*, paper presentado en la Conferencia *Conditions for Implementing Human Rights*, realizada en la Universidad de Lund, 22-23 Marzo 1999.

BAZÁN V. 2011. *El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas*, en BAZÁN V., NASH C. (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad*, Bogotá, Konrad-Adenauer, 2011, 17 ss., disponible en www.kas.de/wf/doc/kas_23684-1522-4-30.pdf?110822232308 (consultada el 1/3/2017).

BIANCHI A.B. 2010. *Una reflexión sobre el llamado "control de convencionalidad"*, en Sup. Const. 2010 (septiembre), 23/09/2010, 15 - LA LEY2010-E, 426.

BULYGIN E. 1987. *Sobre el status ontológico de los derechos humanos* en «Doxa», 4, 1987, 79 ss.

CARRIÓ G. 1990. *Los derechos humanos y su protección*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990.

CLAVERO B. 2014. *Derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*, Madrid,Trotta, 2014.

DOUZINAS C. 2006. *El fin(al) de los derechos humanos*, en «Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época», 7, 1, 2006, 309 ss. (ed. or. *The End(s) of Human Rights*, in «MelbULawRw», 23, trad. esp. de F. Falcón y Tella), disponible en http://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/viewFile/ANDH0606120309A/20827 (consultada el 25/2/2017).

FAÚNDEZ LEDESMA H. 2004. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 3 ed., San José, IIDH, 200.

FERNANDEZ VALLE M. 2008. *Corte Suprema, dictadura militar y un fallo para pensar*, en GARGARELLA R. (ed.) *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, Tomo II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, 1061 ss.

GAMBINO A. 2001. *L'imperialismo dei diritti umani. Caos o giustizia nella società globale*, Roma, Editori Riuniti, 2001.

GARCIA VILLEGAS M. 2011. *Ineficacia del derecho y cultura del incumplimiento de reglas en América Latina,* en RODRÍGUEZ GARAVITO C. (ed.) *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011.

GONZALEZ AMUCHÁSTEGUI J. 2004. *Los límites de los derechos fundamentales*, en BETEGÓN J., LAPORTA F.J., DE PÁRAMO J.R., PRIETO SANCHÍS L. (eds.) *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2004, 437 ss.

GONZÁLEZ-SALZBERG D.A. 2011. *La implementación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Argentina: un análisis de los vaivenes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en «*Sur*», 8, 15, 2011, 117 ss., disponible en http://www.conectas.org/Arquivos/edicao/publicacoes/publicacao-20142517332551 7-76754533.pdf (consultada el 25/2/2017).

GRIFFIN J. 2008. *On Human Rights*, Oxford, Oxford UP, 2008.

GUASTINI R. 1996. *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, Giappichelli, 1996.

GUIBOURG R.A., GHIGLIANI A.M., GUARINONI, R.V. 1984. *Introducción al conocimiento jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1984.

HITTERS J.C. 2008. *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)*, en «Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional», 10, 2008, 131 ss.

HITTERS J.C. 2009. *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, en «Estudios Constitucionales», 7, 2, 2009, 109 ss.

HITTERS J.C. 2013. *Un avance en el control de convencionalidad. El efecto* erga omnes *de las sentencias de la Corte Interamericana*, en «Pensamiento constitucional», 18, 2013, 315 ss.

KENNEDY D. 2002. *The International Human Rights Movement: Part of the Problem?* en «Harvard Human Rights Journal», 15, 2002, 101 ss., disponible en https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/15749103/15HarvHumRtsJ101.pdf?sequence=1 (consultada el 20/2/2017).

MAZZARESE T. 2006. *Minimalismo dei diritti: pragmatismo antiretorico o liberalismo individualista?* en «Ragion Pratica», 26, 2006, 179 ss.

NASH ROJAS C., MEDINA QUIROGA C. 2011. *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Introducción a sus mecanismos de protección*, 2 ed., Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2011.

NINO C.S. 1984. *Introducción al análisis del derecho*, 2 ed., Buenos Aires, Astrea, 1984.

PECES BARBA MARTINEZ G. 1999. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III, 1999.

PERUGINI N., GORDON, N. 2016. *Il diritto umano di dominare*, Roma, Nottetempo, 2016 (ed. or. *The Human Right to Dominate*, Oxford, Oxford University Press, 2015, trad. it. de A. Aureli).

PRIETO SANCHÍS L. 2000. *Derechos fundamentales* en GARZÓN VALDÉS E., LAPORTA F. (eds.) *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 2000, 501 ss.

ROSSETTI A. 2004. *La universalidad de los derechos humanos en el derecho internacional*, en «Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas», 9, 13, 2004, 67 ss., disponible en http://orff.uc3m.es/bitstream/handle/10016/3748/DyL-2004-IX-13/Rossetti.pdf?sequence=1 (consultado el 25/2/2017).

ROSSETTI A. 2010. *Sobre las reparaciones en el derecho internacional de los derechos humanos*, en «Anuario Argentino de Derecho Internacional XVIII 2009», Córdoba, Lerner-Asociación Argentina de Derecho Internacional, 2010, 303 ss. (disponible en http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29040.pdf).

ROSSETTI A. 2011. *Sobre el valor de las decisiones de los organismo universales y regionales de derechos humanos en el derecho argentino*, en «Anuario XII» del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Cs. Sociales Universidad Nacional de Córdoba, Buenos Aires , La Ley, 2011, 123 ss.

ROSSETTI A. 2013. *¿Los derechos sociales como derechos 'de segunda'? Sobre las generaciones de derechos y las diferencias con los derechos 'de primera'*, en ESPINOZA DE LOS MONTEROS J. y ORDOÑEZ J. *Los derechos sociales en el Estado Constitucional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, 309 ss.

ROSSETTI A. 2015. *Globalización, derechos humanos y control de convencionalidad: efectos en el sistema jurídico argentino*, en PALACIO DE CAEIRO, S.B. (ed.), *Tratados de derechos humanos y su influencia en el derecho argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2015, 195 ss.

ROSSETTI A. 2016. *Interpretación constitucional: aspectos teóricos, metodológicos y prácticos*, en LARIGUET, G. (ed.) *Metodologia de la investigación jurídica. Propuestas contemporáneas*, Cordoba, Brujas, 2016, 403 ss.

SALVIOLI F. 2007. *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, XXXVIII Session d´Enseignement*, Institut international des droits de l'homme, Strasbourg, disponible en www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-sistema-interamericano-de-proteccion-de-los-derechos-humanos-fabian-salvioli.pdf (consultada el 20/2/2017).

SHELTON D. 2015. *The Rules and the Reality of Petition Procedures in the Inter-American Human Rights System*, en «Notre Dame en Journal of International &

Comparative Law», 5, 1, 2015, disponible en http://scholarship.law.nd.edu/ndjicl/vol5/iss1/2 (consultada el 1/3/2017).

STEINER C., URIBE, P. (eds.) 2014. *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Berlín, Konrad Adenauer - Stiftung, 2014.

ZAPPALÀ S. 2011. *La tutela internazionale dei diritti umani. Tra sovranità degli Stati e governo mondiale*, Bologna, il Mulino, 2011.

ZOLO D. 2011. *I diritti umani, la democrazia e la pace nell'era dell globalizzazione*. Disponible en www.juragentium.org/topics/wlgo/it/braga.htm (consultada el 27/2/2017).

DISORDINAMENTO GIURIDICO. CRISI FINANZIARIA E SVILUPPI COSTITUZIONALI DELL'UNIONE ECONOMICA E MONETARIA EUROPEA

GIULIO **ITZCOVICH**

&dq

Disordinamento giuridico. Crisi finanziaria e sviluppi costituzionali dell'unione economica e monetaria europea

Legal disorder. Financial Crisis and Constitutional Developments of the European Economic and Monetary Union

GIULIO ITZCOVICH

Professore associato di Filosofia del Diritto, Dipartimento di Giurisprudenza,
Università degli Studi di Brescia
E-mail: giulio.itzcovich@unibs.it

ABSTRACT
Alla luce della teoria dell'ordinamento giuridico sviluppata da Kelsen e dai suoi allievi, il saggio analizza le risposte giuridiche alla crisi dell'eurozona, la giurisprudenza della Corte di giustizia e il loro impatto sul diritto costituzionale degli stati membri dell'Unione europea. Si sostiene che tali sviluppi giuridici possono essere descritti come un processo di "disordinamento giuridico", o di disintegrazione giuridica, che confonde le linee di separazione tra diritto internazionale, diritto dell'UE e diritto costituzionale degli stati membri. Il saggio sostiene, inoltre, che il nuovo diritto europeo della crisi realizza un cambiamento sia delle tradizioni costituzionali degli stati membri, sia delle regole e delle pratiche consolidate della *governance* europea, e offre alcune linee di critica filosofico-politica al nuovo assetto costituzionale che emerge dalla crisi.

In the light of the theory of the legal order as developed by Kelsen and its disciples, the essay analyses the legal responses to the Eurozone crisis, the relevant case law of the European Court of Justice and their constitutional impact on the Member States of the European Union. It is argued that these legal developments can be described as a process of "legal disordering", or legal disintegration, blurring the separation lines between international law, EU law and Member States' constitutional law. The essay also argues that the new European crisis law marks a shift both from the constitutional traditions of the Member States and from the well-established practices and rules of European governance in order to provide some lines of philosophical and political criticism to the new European constitutional arrangement emerging from the crisis.

KEYWORDS
Normativism, theory of the legal order, legal integration, legal disintegration, eurozone crisis

Normativismo, teoria dell'ordinamento giuridico, integrazione giuridica, disintegrazione giuridica, crisi dell'eurozona

© 2017, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
Tutti i diritti sono riservati.

Disordinamento giuridico. Crisi finanziaria e sviluppi costituzionali dell'unione economica e monetaria europea

GIULIO ITZCOVICH

1. *Integrazione e disintegrazione giuridiche* – 2. *Le risposte dell'Unione europea alla crisi dell'eurozona* – 3. *La Corte di giustizia di fronte alle crisi del debito sovrano e alla crisi delle fonti del diritto* – 4. *L'impatto del nuovo diritto europeo della crisi sul diritto costituzionale statale* – 5. *Conclusioni.*

1. *Integrazione e disintegrazione giuridiche*

In dottrina e giurisprudenza si parla correntemente di "integrazione giuridica". Si dice, ad esempio, che l'integrazione fra gli ordinamenti degli stati membri delle Comunità europee (o Unione europea) sarebbe l'espressione giuridica della «unione sempre più stretta fra i popoli dell'Europa» evocata nel preambolo del Trattato CEE (ora TUE). Si afferma che il diritto comunitario "si integra" negli ordinamenti giuridici statali: come sostenuto dalla Corte di giustizia nella sentenza *Costa c. Enel*, «a differenza dei comuni trattati internazionali, il Trattato CEE ha istituito un proprio ordinamento giuridico, integrato nell'ordinamento giuridico degli stati membri»[1]. Infine, si parla di integrazione nel diritto comunitario dei principi ricavati dalle tradizioni costituzionali comuni e dai trattati internazionali sulla protezione dei diritti umani[2]. Con una formula sintetica e suggestiva, la corte costituzionale tedesca ha affermato che la CEE «di per sé non è uno stato, né uno stato federale, ma una comunità di tipo particolare nell'ambito di un processo di integrazione progressiva»[3].

L'integrazione fra ordinamenti giuridici indica, com'è evidente, un processo di unificazione. Si tratta, peraltro, di un processo diverso da altri fenomeni quali l'incorporazione a seguito di annessione territoriale, gli atti di capitolazione o sottomissione, la fusione fra stati mediante istituzione di uno stato unitario o federale,

[1] Corte di Giustizia, sentenza 15 luglio 1964, C-6/64, *Costa c. Enel*. La Corte prosegue affermando che la prevalenza del diritto comunitario sul diritto statale è giustificata da «tale *integrazione* nel diritto di ciascuno stato membro di norme che promanano da fonti comunitarie e, più in generale, [dal]lo spirito e [da]i termini del Trattato».

[2] A partire dalla sentenza del 17 dicembre 1970, C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, è massima costantemente ripetuta che «la tutela dei diritti fondamentali costituisce parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza».

[3] Tribunale costituzionale federale tedesco, decisione 18 ottobre 1967, BVerfGE 22, 293, "EWG-Verordnungen".

ecc. Rispetto ai rapporti fra ordinamenti identificati e studiati dalla dottrina giuspubblicistica novecentesca – coordinazione, subordinazione o presupposizione, esclusione o inclusione, indifferenza, rifiuto o assorbimento[4] – l'integrazione sembra caratterizzata da una sua specificità: a differenza della subordinazione, della inclusione e dell'assorbimento, l'integrazione è necessariamente un processo, si svolge attraverso una pluralità di atti di produzione normativa, e, finché dura, non incide sull'identità degli ordinamenti in integrazione. L'integrazione non consiste tanto in una data situazione di rapporti fra ordinamenti giuridici, quanto nel graduale cambiamento di tali rapporti nella direzione di una sempre più perfetta fusione fra ordinamenti.

Potremmo perciò dire che ciò che caratterizza l'integrazione è la sua natura processuale, dinamica e teleologica: l'integrazione consiste di una serie di atti il cui esito finale, la creazione di un unico ordinamento giuridico, è del tutto eventuale e incerto, ma che assumono il significato di processo unitario solo alla luce di tale esito, cioè sulla base della finalità cui tendono, esplicitamente dichiarata o ad essi attribuita da un osservatore. In questa prospettiva, l'affermazione dell'effetto diretto e della prevalenza del diritto comunitario[5], della sua immediata applicazione[6], dell'efficacia diretta delle direttive non attuate[7], la creazione di un sistema comunitario di protezione dei diritti fondamentali[8], il venir meno o l'attenuazione di un controllo giurisdizionale statale sul rispetto del diritto costituzionale interno da parte del diritto comunitario[9], l'affermazione della responsabilità civile per i danni derivanti dalla violazione del diritto comunitario[10], ecc., non appaiono come eventi isolati e irrelati ma si lasciano considerare, senza troppe forzature, come tappe di un processo di integrazione fra ordinamenti.

Ora, sappiamo che presso ampi settori di cultura giuridica di ispirazione kelseniana e di approccio normativista – basti pensare in Italia alla cosiddetta "scuola dommatica", gli allievi diretti e indiretti di Anzilotti e Perassi, e in filosofia del diritto agli scritti di teoria generale di Norberto Bobbio[11] – il concetto di ordinamento ha assunto contenuti peculiari (TARELLO 1975; ITZCOVICH 2009): non è semplicemente un sinonimo di diritto, ma è il diritto considerato come sistema ordinato di norme; un sistema basato su un proprio fondamento di validità, non derivato da altri ordinamenti, e

[4] Per una presentazione sintetica vedi BOBBIO 1959-1960, 275 ss.; sui rapporti di presupposizione, vedi ROMANO 1946, 147 ss.

[5] Corte di Giustizia, sentenza 5 febbraio 1963, C-26/62, *Van Gend en Loos*; sentenza 15 luglio 1964, C-6/64, *Costa c. Enel*.

[6] Corte di Giustizia, sentenza 9 marzo 1978, C-106/77, *Simmenthal*.

[7] Corte di Giustizia, sentenza 4 dicembre 1974, C-41/74, *Van Duyn*; sentenza 5 aprile 1979, C-148/78, *Ratti*.

[8] Corte di Giustizia, sentenza 17 dicembre 1970, C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*.

[9] Tribunale costituzionale federale tedesco, decisione 22 ottobre 1986, BVerfGE 73, 339, "Solange II"; Corte costituzionale italiana, sentenza 27 dicembre 1973, n. 183.

[10] Corte di Giustizia, sentenza 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90, *Francovich*.

[11] PERASSI 1917; MORELLI 1943; BOBBIO 1959-1960.

un sistema che, attraverso norme sulla produzione giuridica, disciplina in modo esclusivo la propria modificazione nel tempo. Insomma, secondo questa dottrina, il diritto di uno stato o di una organizzazione internazionale costituisce un ordinamento in quanto abbia una propria norma fondamentale e un proprio sistema delle fonti.

Naturalmente si può discutere a lungo sulla fondatezza, coerenza, capacità esplicativa, utilità pratica, ecc., di questo concetto di diritto come ordinamento. Una critica giusrealista, ad esempio, sottolinea che il diritto non è un sistema se non in quanto sistematizzato dai giuristi (RATTI 2008) e che le norme sulla produzione giuridica sono comunque il risultato di attività interpretative (PINO 2014): non sarebbe il diritto a rendersi da solo ordinato regolando la propria trasformazione, bensì i giuristi a dare un ordine alle modificazioni prodotte dal legislatore e dalla giurisprudenza, costruendole come ordinate. Il concetto di ordinamento della teoria normativista è controverso, forse antiquato, certamente molto limitativo delle osservazioni che possono essere compiute dalla teoria del diritto e dalla dottrina giuridica. Ad ogni modo, questo concetto è stato, e ancora è, utilizzato per pensare il mutamento giuridico che si realizza nelle strutture istituzionali di uno stato di diritto, e per indicare come tale mutamento debba realizzarsi, affinché il modello sia rispettato e continui a trattarsi di uno stato di diritto. Credo che, entro certi limiti, il concetto possa essere usato anche per mostrare, in negativo e per differenza, l'allontanamento del diritto contemporaneo da quel modello istituzionale.

Queste idee erano alla base di un mio lavoro di alcuni anni fa, *Integrazione giuridica. Un'analisi concettuale* (ITZCOVICH 2005), in cui sostenevo una tesi semplice e, per chi ne accetti le premesse, credo difficilmente contestabile. La riassumerei così: posto che il significato di "integrazione giuridica" non può che dipendere dal concetto di ordinamento giuridico presupposto, se assumiamo il concetto di ordinamento proprio della teoria normativista, appena ricordato, allora l'integrazione può essere descritta come un processo di "disordinamento giuridico", cioè di «continua rottura e spiazzamento dei parametri di legalità interni agli ordinamenti che si integrano» (ITZCOVICH 2005, 783). Per il solo fatto di essere un processo che interviene fra più ordinamenti e che consiste nella trasformazione del loro sistema delle fonti, è contingente che esso si svolga in modo perfettamente legale per tutti gli ordinamenti coinvolti. È solo una eventualità, peraltro rara, che ogni atto di cui tale processo consiste sia conforme alle norme sulla produzione di tutti gli ordinamenti "in integrazione": c'è sempre la possibilità di conflitti costituzionali fra ordinamenti, che conducono a tensioni e rotture della loro legalità interna. Come riconosciuto apertamente dalla nostra Corte costituzionale, «il processo di progressiva integrazione degli ordinamenti giuridici nazionale e comunitario ha comportato, pur a Costituzione invariata, delle profonde modifiche all'ordinamento interno»[12].

[12] Corte costituzionale, sentenza 7 febbraio 2000, n. 41.

Nelle pagine che seguono, intendo fare un passo ulteriore e sostenere che anche i processi di "disintegrazione giuridica" possono essere descritti come fenomeni di disordinamento giuridico o, detto altrimenti, di crisi del sistema della fonti[13].

È opportuno anzitutto sottolineare che, a differenza del concetto di integrazione, quello di disintegrazione giuridica è un neologismo, se non proprio una mia invenzione, e non ha quasi cittadinanza nella letteratura giuridica, a parte qualche uso sporadico[14]. Inoltre, è possibile che un ordinamento si disintegri in modo perettamente legale: uno stato può scindersi in base a una decisione assunta nel pieno rispetto della costituzione e delle leggi, il decentramento e la secessione possono non essere il prodotto di un colpo di stato o di una rivoluzione. E tuttavia, se vogliamo pensare la disintegrazione giuridica come un fenomeno speculare all'integrazione giuridica, diciamo che anch'essa consiste in una sequenza di atti che assumono un significato univoco solo retrospettivamente, laddove se ne osservi (se ne paventi o se ne auspichi) l'esito finale: la dissoluzione di una comunità giuridica e politica. È del resto ovvio che la disintegrazione, come l'integrazione, è un processo sia politico sia giuridico, e sebbene i due non siano sovrapponibili né procedano sempre in parallelo, è facile ipotizzare che le crisi che l'Unione europea sta oggi attraversando – crisi economica e finanziaria, crisi del debito sovrano e dell'euro, crisi greca, crisi dei rifugiati, crisi del Brexit, più in generale crisi politica, di legittimità, lealtà e solidarietà[15] – si accompagnino a una serie di tendenze alla disintegrazione giuridica.

D'altra parte, se la disintegrazione giuridica deve essere concepita come distinta da un decentramento o da una secessione legalmente disposti, anch'essa si potrà descrivere come un processo di disordinamento giuridico, di crisi del sistema delle fonti e della capacità ordinativa del diritto costituzionale. Ciò è ovvio e risulta in modo meccanico dalle definizioni proposte. Più interessante, allora, è vedere come si svolga in concreto tale processo di disordinamento attraverso integrazioni e disintegrazioni.

In questo contributo mi impegnerò in un tentativo di questo genere attraverso un'analisi – necessariamente sommaria e focalizzata sul tema dei rapporti fra ordinamenti giuridici e fra fonti del diritto – delle risposte politiche e istituzionali alla crisi dell'eurozona. Altri casi di studio, come la crisi dei rifugiati, eccedono l'ambito ristretto di questo contributo, ma meriterebbero una indagine attenta, il cui esito, credo, non potrebbe che confermare la lettura qui proposta[16].

[13] Sulla crisi del sistema delle fonti, oltre a IRTI 1978; vedi ZACCARIA 2004; VOGLIOTTI 2008; GROSSI 2007; PASTORE 2014; SORRENTINO 2015; MAZZARESE 2017.

[14] A quanto pare, si parla di "disintegrazione" nella letteratura sulle asimmetrie politiche e costituzionali nelle federazioni (WATTS 2005, 6), sebbene in un senso diverso da quello che verrà qui stipulato. Sono grato a Giuseppe Martinico per l'indicazione.

[15] Per uno sguardo di insieme su queste crisi, si vedano i contributi raccolti in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 3, 2016.

[16] Significativo è che la crisi dei rifugiati siriani sia stata affrontata mediante uno *EU-Turkey Statement*

2. *Le risposte dell'Unione europea alla crisi dell'eurozona*

Non è questo il luogo per ripercorrere la storia della crisi dell'eurozona. Anche limitandosi all'analisi delle risposte giuridiche alla crisi, si tratta di gran lunga di una vicenda troppo complessa per essere ricostruita nello spazio di questo scritto. Non manca, del resto, una abbondante letteratura sugli sviluppi dell'unione economica e monetaria innescati dalla crisi finanziaria e dei debiti sovrani[17]. Mi concentrerò, pertanto, sugli aspetti istituzionali, tralasciando i cambiamenti del diritto sostanziale dell'Unione, nonostante la loro evidente rilevanza sia politica, sia economica – basti pensare alla introduzione di una disciplina derogatoria al divieto di aiuti di stato per finanziare le banche in crisi, che fra il 2008 e il 2012 ha consentito una colossale iniezione di denaro pubblico nel sistema bancario (1.500 miliardi di euro, più del 12% del Pil dell'Unione)[18]. Non prenderò in esame nemmeno i programmi di intervento della Banca centrale europea (BCE), limitandomi qui a menzionare i dubbi, recentemente risolti dalla Corte di giustizia, circa la compatibilità del programma di *Outright Monetary Transactions* (OMT) con il divieto di facilitazione creditizia introdotto dal Trattato di Maastricht[19]. È vero che nella prospettiva di uno studio sulla crisi del sistema delle fonti attraverso integrazioni e disintegrazioni – forzature della legalità che alterano i confini tra ordinamenti –, le famose dichiarazioni di Mario Draghi nel luglio del 2012 sono

del 18 marzo 2016 che, oltre a sollevare problemi relativi alla sua compatibilità con la Convenzione sui rifugiati del 1951, con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e con lo stesso diritto dell'UE, non è diretto a produrre effetti giuridici, non si qualifica come trattato internazionale e pertanto non costituisce fonte del diritto in senso formale: vedi Corte di giustizia, ordinanza 28 febbraio 2017, T-192/16, *NF c. Consiglio europeo*, secondo cui le espressioni "Unione europea" e "Membri del Consiglio europeo" sono utilizzate nello *Statement* in modo improprio, a fini di divulgazione giornalistica – sono "regrettably ambiguous" – perché i rappresentanti degli stati membri avrebbero partecipato all'incontro con le autorità turche, nei locali condivisi con il Consiglio europeo, nelle loro funzioni di capi di stato e di governo, non come organi dell'UE.

[17] Vedi ad esempio RUFFERT 2011; DE GREGORIO MERINO 2012; PALMSTORFER 2012; CHITI, TEIXEIRA 2013; DONATI 2013; FICHERA et al. 2014; TUORI, TUORI 2014; CANEPA 2015; FABBRINI 2015; HINAREJOS 2015; DE WITTE 2015; DE LUCIA 2016. Per un'informata rassegna critica della letteratura in tema, vedi MARTINICO 2016.

[18] COMMISSIONE EUROPEA 2014. Fra ottobre 2008 e ottobre 2011, la Commissione ha approvato 4500 miliardi di euro (equivalenti al 37% del Pil dell'UE) di aiuti di stato alle istituzioni finanziarie: COMMISSIONE EUROPEA 2012. Queste misure hanno dato un contributo determinante alla crescita del debito pubblico nell'eurozona, che dal 2008 alla fine del 2014 è aumentato del 27%, raggiungendo il 92% del Pil (BANCA CENTRALE EUROPEA 2015).

[19] Con il programma OMT la Banca centrale si è riconosciuta competente ad acquistare titoli di stato emessi dai paesi dell'eurozona in difficoltà finanziaria, assistiti dal Fondo europeo di stabilità finanziaria o dal Meccanismo europeo di stabilità. Per evitare di incorrere nel divieto di facilitazione creditizia (art. 123 TFUE), il programma OMT prevedeva che la BCE non acquistasse i titoli direttamente dallo stato di emissione, bensì sul cosiddetto "mercato secondario". Con la sentenza 16 giugno 2015, C-62/14, *Gauweiler*, la Corte di giustizia ha ritenuto che ciò non costituisse un escamotage per aggirare il divieto di assistenza finanziaria.

suggestive: l'euro è "irreversibile" e, nei limiti del suo mandato, la BCE è pronta a fare "whatever it takes" per preservarlo[20]. Lo stesso può dirsi delle discusse lettere segrete inviate nel 2010 e 2011 dalla BCE a paesi in difficoltà finanziaria come Irlanda, Spagna e Italia, con direttive politiche specifiche in tema di riforma del diritto del lavoro e del sistema di relazioni industriali[21]. Ma, viste le ambizioni di questo scritto, è necessario circoscrivere i temi e limitarsi al chiarimento di alcuni punti essenziali, rinviando alla letteratura specialistica per approfondimenti.

Ricordo quindi che quando, nel 2008, a causa della crisi dei mutui *subprime* e del fallimento della Lehman Brothers, si produsse una stretta creditizia a livello mondiale, i paesi dell'eurozona con una bilancia dei pagamenti in deficit (i paesi periferici, chiamati "GIPSI" o spregiativamente "PIIGS": Portogallo, Irlanda, Italia, Grecia e Spagna) ne subirono più gravemente le conseguenze. Alcuni di questi paesi avevano un elevato rapporto debito pubblico/Pil o un significativo deficit del bilancio nazionale (non tutti: non l'Irlanda e la Spagna). Dopo la creazione dell'euro, questi paesi avevano goduto di una rapida crescita economica (con l'eccezione dell'Italia) e soprattutto di una rapida crescita dei consumi interni e dei debiti privati, per effetto del costante afflusso di investimenti e di prestiti interbancari che era conseguenza pressoché automatica della creazione di un'unione monetaria fra paesi con economie diverse, con diversi tassi di inflazione e saldi nella bilancia dei pagamenti (SCHARPF 2011 e 2015; DE GRAUWE 2016, 145 ss.). Una volta arrestatosi questo flusso di capitali, in conseguenza della crisi del 2008, sui mercati finanziari si diffuse la preoccupazione circa la capacità dei paesi periferici di sostenere il debito accumulato, sia pubblico sia privato. La scenario era chiaro: lasciato a se stesso, il sistema – o, più tecnicamente, i suoi "squilibri esterni", che risultano dai disavanzi nella bilancia dei pagamenti degli stati – avrebbe prodotto l'insolvenza, costringendo i paesi periferici ad abbandonare l'unione monetaria. I paesi creditori avrebbero subito perdite eccezionali, con il pericolo di innescare effetti domino dentro e fuori della zona euro. Il salvataggio (*bailout*) dei paesi a rischio di default divenne, pertanto, una esigenza imperativa della politica europea.

Ma la concessione di prestiti a sostegno del debito sovrano dei suoi stati membri non era solo un'attività del tutto nuova per l'Unione europea: era anche un'attività categoricamente vietata dal Trattato di Maastricht. Allo scopo di favorire una politica fiscale e di bilancio virtuosa, di contenere i debiti pubblici degli stati e di prevenire in questo modo gli "squilibri interni" nell'unione economica e monetaria, il Trattato di

[20] https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2012/html/sp120726.en.html.

[21] Su cui rinvio alle osservazioni di KILPATRICK 2015a, 345: «affermare che queste lettere segrete non sono "diritto" non è sufficiente a fugare le preoccupazioni per il *rule of law*. Anche concedendo che non contengano obblighi vincolanti, le lettere mostrano che il diritto del lavoro nazionale è formulato in strutture istituzionali segrete con poteri normativi significativi fuori dal diritto». Il testo della lettera italiana di Trichet e Draghi a Berlusconi può leggersi a questo url: http://www.corriere.it/economia/11_settembre_29/trichet_draghi_inglese_304a5f1e-ea59-11e0-ae06-4da866778017.shtml.

Maastricht aveva disposto, mediante disposizioni non modificate dal Trattato di Lisbona e tuttora in vigore, una serie stringente di limitazioni alla possibilità per le istituzioni dell'Unione e per gli stessi suoi stati membri di finanziare il debito pubblico degli stati in crisi. Così, l'art. 125 TFUE aveva stabilito la cosiddetta clausola di "non salvataggio" o di "non *bailout*": «l'Unione non risponde né si fa carico degli impegni assunti dalle amministrazioni statali [...] di qualsiasi Stato membro [...] gli Stati membri non sono responsabili né subentrano agli impegni dell'amministrazione statale [...] di un altro Stato membro». L'art. 123 TFUE aveva posto il cosiddetto divieto di facilitazione creditizia: sono vietate «la concessione di scoperti di conto o qualsiasi altra forma di facilitazione creditizia, da parte della Banca centrale europea o da parte delle banche centrali degli Stati membri [...] alle amministrazioni statali». Infine, con una norma di chiusura, l'assistenza al debito sovrano era stata circoscritta al caso di «gravi difficoltà a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali» che sfuggono al controllo dello stato assistito (art. 122 TFUE).

Da un punto di vista tecnico-giuridico, notiamo che queste disposizioni sono formulate come norme di condotta, che vietano all'Unione e agli stati membri di fare qualcosa; tuttavia, qualora quel qualcosa possa essere compiuto, com'è praticamente inevitabile, mediante atti normativi – atti che stabiliscano, ad esempio, quali condizioni lo stato debba rispettare per godere dell'assistenza finanziaria[22] – queste disposizioni sono da considerare come norme sulla produzione giuridica a tutti gli effetti[23]. Il loro mutamento "di fatto", in conseguenza dell'interazione con altri ordinamenti giuridici – nel nostro caso, come vedremo, con il diritto internazionale pubblico – costituirebbe pertanto, in base alle definizioni proposte, un caso paradigmatico di disordinamento giuridico, di crisi del sistema delle fonti e, a seconda della direzione dei processi, di integrazione o disintegrazione giuridiche.

Avvenne infatti che questi vincoli normativi, assieme ad ostacoli di natura politica (l'opposizione del Regno Unito) e alle dimensioni relativamente ridotte del bilancio dell'Unione, spinsero gli stati dell'eurozona ad affrontare la crisi finanziaria creando strumenti formalmente esterni alla struttura dell'Unione, sottratti al controllo politico e giuridico delle sue istituzioni e, almeno a prima vista, incompatibili con le regole appena menzionate. Per sostenere quest'ultima affermazione, più che sofisticate argomentazioni giuridiche, è utile la testimonianza di una *insider*, Christine Lagarde, all'epoca ministro dell'economia francese, «abbiamo violato tutte le regole perché volevamo serrare i ranghi e salvare realmente l'eurozona»[24].

[22] È da notare, peraltro, che la capacità dei memoranda di intesa di creare obblighi giuridici è controversa, così com'è discusso se essi si collochino all'interno o all'esterno del diritto dell'UE: vedi KILPATRICK 2014, 398 ss., 406 ss.; HINAREJOS 2015, 131 ss.; DE LUCIA 2016, 461 s.

[23] Sulla distinzione tra norme di condotta (o primarie) e norme di competenza (o norme sulla produzione giuridica, norme secondarie), vedi BOBBIO 1975; GUASTINI 1998, 23 ss., 43 ss.

[24] Dichiarazione riportata dall'agenzia Reuters: http://www.reuters.com/article/us-france-lagarde-idUSTRE6BH0V020101218.

Per quanto riguarda la Grecia in particolare, la crisi fu inizialmente gestita mediante accordi bilaterali fra gli stati dell'eurozona, con l'intervento del Fondo monetario internazionale (FMI) e la concessione nel maggio 2010 di un prestito colossale di 110 miliardi di euro complessivi[25]. Tali accordi furono immediatamente seguiti dalla creazione del Meccanismo europeo per la stabilità finanziaria (MESF) e del Fondo europeo per la stabilità finanziaria (FESF). Il primo era uno strumento interno all'Unione: richiamandosi alle "circostanze eccezionali" di cui all'art. 122 TFUE, il MESF fu istituito mediante un regolamento del Consiglio. Dotato di disponibilità limitate alle risorse presenti nel bilancio dell'Unione, quasi irrisorie considerate le dimensioni della crisi (60 miliardi di euro), il MESF contribuì ai *bailout* dell'Irlanda nel 2010 e del Portogallo del 2011. Il Fondo, invece, era una società di capitali di diritto lussemburghese, finanziata dagli stati dell'eurozona, capace di erogare prestiti sino all'importo complessivo di 440 miliardi di euro, poi aumentati a 780 miliardi di euro (più di sei volte il bilancio annuo complessivo dell'Unione). Con queste risorse a disposizione, oltre che ai *bailout* di Irlanda e Portogallo appena ricordati, il FESF contribuì con 130 miliardi di euro al secondo *bailout* della Grecia nel 2012. Da notare che, trattandosi di una società privata creata mediante un accordo internazionale in forma semplificata, il FESF era formalmente del tutto esterno alla struttura istituzionale dell'Unione.

Infine, nel 2012 fu creato il Meccanismo europeo di stabilità (MES), una organizzazione intergovernativa di diritto pubblico, di natura permanente, che sostituì il MESF e il FESF. Si trattava, in buona sostanza, di una copia a livello regionale del Fondo monetario internazionale (RUFFERT 2011, 1788 s.), dotata di un capitale di circa 700 miliardi di euro. Sebbene esterno al diritto dell'Unione, il MES non poté essere istituito senza un importante passaggio interno: la decisione del Consiglio europeo del 25 marzo 2011, con la quale i capi di stato e di governo dell'Unione decisero di seguire per la prima volta la procedura semplificata di riforma dei trattati introdotta dal Trattato di Lisbona e di prevedere espressamente la competenza a creare un meccanismo di stabilità «indispensabile per salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme» (nuovo art. 136 TFUE).

È da ricordare che questi accordi furono accompagnati da misure volte a rafforzare la *governance* economica, creando vincoli stringenti alla finanza pubblica e meccanismi di monitoraggio preventivo sui bilanci degli stati. Tali vincoli e meccanismi furono collocati all'interno del diritto e delle istituzioni dell'Unione – come nel caso dell'introduzione nel 2010 del semestre europeo, del Patto Euro Plus del 2011, degli atti normativi del cosiddetto "Six-Pack" del 2011 e del "Two-Pack" del 2013 – ma risultarono anche da trattati di diritto internazionale pubblico, esterni alla struttura dell'Unione, come l'Accordo sul fondo di risoluzione unico

[25] Statement by the Heads of State or Government of the Euro Area, Brussels, 7 maggio 2010, www.ec.europa.eu/commission_2010-2014/president/news/speeches-statements/pdf/114295.pdf.

per le banche in crisi del 2014 e – di gran lunga più rilevante – il Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'unione economica e monetaria del 2012, noto come *Fiscal compact*. A questo proposito, importa sottolineare solo un punto, peraltro molto conosciuto: il *Fiscal compact* prevedeva l'obbligo per le parti contraenti di introdurre la regola del pareggio di bilancio nei loro ordinamenti giuridici «tramite disposizioni vincolanti, permanenti e preferibilmente di natura costituzionale». Si trattava quindi del caso molto raro, se non unico, di un trattato internazionale che assumeva il diritto costituzionale statale come oggetto possibile della regolazione concordata dalle parti contraenti. Si è perciò sostenuto in dottrina che il *Fiscal compact*, «nella misura in cui intacca il monopolio degli Stati membri del potere di normazione costituzionale sul proprio territorio», contrasti con il principio del rispetto per le identità costituzionali nazionali formulato dall'art. 4 TUE (PINELLI 2012, 7). Insomma, il disordinamento giuridico, come avremo modo di vedere più avanti, non riguardava solo il diritto dell'Unione, ma anche il diritto costituzionale degli stati.

3. *La Corte di giustizia di fronte alle crisi del debito sovrano e alla crisi delle fonti del diritto*

Abbiamo visto che gli stati dell'eurozona affrontarono la crisi finanziaria e dei debiti sovrani creando, al di fuori dell'Unione, in modi in gran parte indipendenti dalle sue regole e procedure, strumenti di intervento di rilevantissimo impatto economico e politico. Tuttavia, come ho ricordato, la messa all'opera di tali strumenti richiese alcuni passaggi interni all'Unione, nonché l'utilizzo permanente delle sue istituzioni – in particolare, Commissione, BCE e Corte di giustizia – per il raggiungimento degli obiettivi del governo della crisi. Un passaggio in particolare merita attenzione: la già menzionata decisione con cui il Consiglio europeo, al fine di istituire il MES, modificò l'art. 136 TUE[26]. Trattandosi qui di un atto normativo interno all'Unione, si poté porre il problema della sua compatibilità con i Trattati, problema che venne affrontato e risolto positivamente dalla Corte di giustizia nella storica sentenza *Pringle*, su questione pregiudiziale sollevata dalla Corte suprema irlandese[27].

Senza entrare qui nell'esame di una decisione su cui si sono raccolti abbondanti e dettagliati commenti (CRAIG 2013 e 2014; BECK 2013; BORGER 2013; VAN MALLEGHEM 2013; ADAM, MENA PARRAS 2013; HINAREJOS 2015, 123 ss.), interessa sottolineare che la creazione del MES fu ritenuta dalla Corte di giustizia compatibile con il divieto di *bailout* di cui all'art. 125 TFUE a due condizioni. In primo luogo, l'assistenza finanziaria non doveva consistere nel trasferimento del debito

[26] Decisione del Consiglio europeo del 25 marzo 2011 (2011/199/UE).
[27] Corte di Giustizia, sentenza 27 novembre 2012, C-370/12, *Pringle*.

pubblico dallo stato in difficoltà agli altri stati che partecipavano al MES: lo stato assistito avrebbe dovuto restare «responsabile, nei confronti dei propri creditori, dei propri impegni finanziari» (par. 138), ed era pertanto indispensabile che il suo debito non fosse cancellato ma, per contro, venisse creato «un nuovo debito nei confronti del MES» (par. 139). In secondo luogo, poiché lo scopo del divieto di *bailout* è garantire che gli stati membri rispettino una "politica di bilancio virtuosa" (parr. 135-137), l'assistenza finanziaria del MES sarebbe stata compatibile con il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea solo in quanto fosse diretta a realizzare il medesimo obiettivo, e fosse perciò subordinata a "condizioni rigorose" (parr. 136, 142), a una "rigorosa condizionalità" (par. 143).

Insomma, il consolidamento del debito venne escluso in linea di principio: è un'affermazione che ritroviamo anche nella più recente sentenza *Gauweiler* sul programma OMT della BCE[28] e di cui non è possibile sottovalutare la rilevanza. La condivisione fra i partner europei dei rischi connessi alla creazione di una moneta comune in un'area economica caratterizzata da asimmetrie preesistenti, in buona misura indipendenti dalla politica fiscale e di bilancio, è illegittima e contraria ai Trattati perché incompatibile con regole fondamentali quali la clausola di non *bailout* e il divieto di facilitazione creditizia. Se guardiamo al caso greco, ne concludiamo che l'estinzione del debito, economicamente irealizzabile mediante rimborso visto il suo importo (attualmente 226 miliardi di euro)[29], è altresì giuridicamente impossibile mediante remissione (STEINBACH 2016; HOFMANN 2017). Il debito diventa, per così dire, una colpa inespiabile[30], il cui riscatto deve nondimeno essere perseguito con abnegazione affinché si realizzi, alla fine, una politica "virtuosa", nel segno di una condizionalità "rigorosa". Con una battuta, si potrebbe dire che il rigore dell'imperativo categorico kantiano, che vale incondizionatamente, si converte nel rigore di una condizione – anzi di un insieme di condizioni, interi pacchetti dettagliati di riforme di aggiustamento strutturale – che deve valere categoricamente.

Con la sentenza *Pringle* si è compiuta in modo (sino a oggi) definitivo una profonda trasformazione costituzionale dell'Unione europea, una trasformazione avviatasi all'indomani della crisi finanziaria con la creazione, dentro e fuori dell'Unione, di meccanismi volti alla gestione della crisi. Naturalmente è possibile,

[28] Corte di giustizia, sentenza 16 giugno 2015, C-62/14, *Gauweiler*, par. 118: l'OMT «non implica alcuna rinuncia al pagamento del debito da parte dello Stato membro emittente una volta arrivato a scadenza il titolo». Per un'analisi complessiva della vicenda, compresa la recente sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco (21 giugno 2016, 2 BvR 2728/13), vedi FARAGUNA 2016.

[29] Attualmente il debito greco ammonta a 226 miliardi di euro: *Greece standoff over €86bn bailout eases after Brussels deal*, «The Guardian», 20 febbraio 2017, https://www.theguardian.com/business/2017/feb/20/greece-stand-off-over-86bn-bailout-eases-as-inspectors-return-to-athens. Il 31 dicembre 2015 la Grecia era debitrice per un totale di 321 miliardi di euro: HOFMANN 2017.

[30] Suggestive a questo proposito le riflessioni di STIMILLI 2015 sul nesso fra colpa e debito (implicito nella parola tedesca *Schuld/Schulden*), sullo scritto di Benjamin sul "capitalismo come religione" e sulla "teologia economica" della colpa.

seguendo la Corte di giustizia, offrire una interpretazione di questi sviluppi che ne mostri, oltre all'intrinseca necessità e ragionevolezza, la perfetta conformità al diritto dei Trattati. E tuttavia il concetto di disintegrazione giuridica non sembra inappropriato: il diritto europeo esce da se stesso, per così dire, eccede le strutture istituzionali dell'Unione e si sviluppa in un contesto di negoziazione intergovernativa agli antipodi del "metodo comunitario", basato sulla ricerca del consenso e sulla spiccata proceduralizzazione. In tal modo, si crea una forma politica inedita, di fatto e di diritto sottratta al rispetto del diritto costituzionale dell'Unione[31], capace di disciplinare efficacemente, attraverso condizioni rigorose imposte ai paesi debitori, ambiti di materie su cui l'Unione non ha competenza alcuna, come il diritto del lavoro e il diritto sindacale, la politica fiscale e di bilancio.

Quest'ultimo punto, relativo all'efficacia e alla flessibilità del nuovo diritto europeo, è in effetti importante, e l'analisi delle risposte istituzionali alla crisi – le misure di *bailout*, ma anche il rafforzamento dei processi di *governance* macroeconomica, con la predisposizione di meccanismi preventivi di controllo sul bilancio degli stati – ci consente di sottolineare un aspetto cruciale delle integrazioni e disintegrazioni concepite come processi giuridici. Che l'ordinamento si disordini, che il diritto di una organizzazione abbandoni la pretesa di essere esclusivo, che la sua produzione e applicazione si presentino come risultato di un dialogo fra centri di potere reticolari, non gerarchicamente ordinati, che il sistema delle fonti entri in crisi, non vuol dire affatto che le capacità di governo si riducano, anzi. Il passaggio dal *government* alla *governance* non equivale, tranne forse che per i suoi apologeti più entusiasti, all'esaurimento di ogni forma di dominio e all'ingresso nel "regno della libertà". Come l'integrazione giuridica non è la costruzione di uno stato federale o di una cosmopolis globale, così la disintegrazione giuridica non è l'avvento dell'anarchia o di uno spontaneismo di mercato privo degli indispensabili supporti politici e istituzionali.

Collocandosi ai margini degli ordinamenti, dentro e fuori l'Unione, il nuovo diritto europeo della crisi coniuga efficacia, flessibilità e tempestività degli interventi con una certa insofferenza per le garanzie e le procedure. Il punto può essere illustrato con un ultimo esempio tratto dalla recente giurisprudenza della Corte di giustizia sulla crisi dell'eurozona[32].

[31] Opinione pressoché consolidata; vedi ad esempio COMMISSIONE PER I PROBLEMI ECONOMICI E FINANZIARI DEL PARLAMENTO EUROPEO 2014: «[Il Comitato] si rammarica che i programmi [di assistenza finanziaria] non siano vincolati alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e alla Carta sociale europea, in virtù del fatto che non sono basati sul diritto primario dell'Unione». Naturalmente i giuristi possono, forse anzi devono, resistere a questa impostazione dei rapporti fra fonti nel senso della loro radicale disintegrazione; si vedano in particolare le argomentazioni di KILPATRICK 2014, da cui riprendo la citazione.

[32] Per un'analisi più dettagliata e completa della giurisprudenza della Corte di giustizia, vedi HINAREJOS 2015, 121 ss.

Nel contesto della crisi finanziaria cipriota, l'Eurogruppo e la Troika (Commissione, BCE, FMI) concordarono con il governo di Cipro un programma di aiuti del valore massimo di 10 miliardi di euro che prevedeva, oltre alla liquidazione di una delle banche in crisi, un prelievo forzoso sui conti correnti con depositi superiori ai centomila euro. Questo accordo risultava da una *Dichiarazione dell'Eurogruppo su Cipro*, datata 25 marzo 2013, pubblicata sulle pagine web del Consiglio europeo[33], rispetto alla quale si pose il problema della sua natura giuridica: si trattava forse di una fonte del diritto dell'UE? Ma certamente no: l'Eurogruppo non è una istituzione dell'Unione, è una riunione informale dei ministri delle finanze dell'eurozona incapace di produrre effetti giuridici obbligatori nei confronti di individui e istituzioni. Si trattava forse di una decisione comune della Commissione e della BCE? No, perché il Trattato sul MES affida alla Commissione e alla BCE una serie di compiti e attività che però si esauriscono nell'ambito di tale strumento, non impegnano in alcun modo l'Unione e non implicano l'esercizio di poteri decisionali. La Commissione e la BCE, assieme al FMI, assistono i governi dell'eurozona, li aiutano a trovare una soluzione alle crisi che minacciano la stabilità dell'euro, monitorano il rispetto degli accordi, ma non possono obbligare giuridicamente i governi che prendono parte al MES, né tantomeno possono vincolare l'Unione e i suoi stati membri. Ma ovviamente il fatto che la *Dichiarazione* non potesse essere considerata una valida fonte di norme giuridiche non implicava che non fosse una fonte di norme efficaci: anzi, si trattava di norme massimamente efficaci perché, non essendo giuridiche, non aveva senso predicarne la conformità o difformità rispetto ai Trattati dell'UE, al Trattato sul MES o ad altri trattati internazionali, né tantomeno rispetto al diritto costituzionale statale.

Così, nel caso *Mellis e altri c. Commissione europea e BCE*[34], la Corte di giustizia poté facilmente confermare la sentenza di primo grado del Tribunale dell'UE e rigettare l'impugnazione proposta da un gruppo di cittadini ciprioti che, per effetto dei decreti adottati dal governo in adempimento degli accordi presi con l'Eurogruppo e con la Troika, avevano perso somme significative dei loro depositi. La Corte respinse i loro ricorsi in base al rilievo per cui l'Eurogruppo è un "forum di discussione", una "riunione informale", "non un organo decisionale" dell'Unio-

[33] http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/en/ecofin/136487.pdf.

[34] Corte di giustizia, sentenza 20 settembre 2016, cause riunite da C-105/15 P a C-109/15 P, *Mallis et al. c. Commissione e BCE*. Si veda, per conclusioni sostanzialmente simili (il memorandum di intesa non può essere oggetto di una azione di annullamento), la decisione gemella sul *bailout* di Cipro: Corte di giustizia, sentenza 20 settembre 2016, cause riunite da C-8/15 P a C-10/15 P, *Ledra Advertising*. Nel caso *Ledra*, peraltro, la Corte di giustizia lascia aperta la porta dell'azione di risarcimento dei danni causati da istituzioni dell'UE (Commissione) che, agendo al di fuori del quadro dell'Unione, si rendano responsabili di una violazione "sufficientemente grave" del diritto dell'UE, e in particolare della Carta dei diritti fondamentali (parr. 67 s.).

ne (par. 47). D'altra parte, la *Dichiarazione dell'Eurogruppo* «non contiene nessun elemento che rifletterebbe una decisione della Commissione e della BCE di creare, a carico dello Stato membro interessato, un obbligo giuridico di attuare le misure ivi contenute» (par. 58): la *Dichiarazione* ha "natura puramente informativa" (par. 59) e pertanto la decisione delle autorità cipriote di ristrutturare le banche «non può essere considerata come imposta da una pretesa decisione comune della Commissione e della BCE» (par. 60).

4. *L'impatto del nuovo diritto europeo della crisi sul diritto costituzionale statale*

La decisione della Corte di giustizia nel caso *Mellis* ci consente di introdurre il tema dell'impatto dei nuovi strumenti per la prevenzione e la gestione della crisi sul diritto costituzionale degli stati membri. Si può infatti ipotizzare che il processo di disintegrazione giuridica non riguardi soltanto l'Unione europea, ma anche gli ordinamenti giuridici statali. Se l'Unione può accontentarsi, a quanto pare, di usare le proprie istituzioni e strumenti normativi per l'esecuzione di decisioni che, essendo adottate fuori dall'Unione, sono perciò sottratte al rispetto delle sue norme (Carta dei diritti fondamentali), nonché del diritto del Consiglio d'Europa (Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Carta sociale europea), lo stesso non può dirsi per ordinamenti statali che pretendano di subordinare al rispetto della costituzione nazionale ogni atto dei pubblici poteri. Una decisione come quella del caso *Mellis* è accettabile solo in base alla premessa che sia possibile per i ricorrenti cittadini ciprioti rivolgersi alle corti nazionali per ottenere la piena soddisfazione dei propri diritti costituzionali. Pertanto, lo sviluppo del diritto europeo della crisi ha imposto ai giudici nazionali una scelta: ribellarsi alle decisioni del governo negoziate con i partner europei, oppure rendere il diritto costituzionale statale ad esse conforme mediante interpretazione.

Entrambe le strade sono state percorse, e non è qui possibile analizzare nemmeno per cenni questa giurisprudenza abbondante e in continua crescita: mi limito a rinviare alla letteratura specialistica che ho potuto consultare (FABBRINI 2014; KILPATRICK, DE WITTE 2014; KILPATRICK 2015b; HINAREJOS 2015, 144 ss.; FASONE 2015, 27 ss.). È nondimeno possibile osservare, in primo luogo, che – con la notevole eccezione della Corte costituzionale tedesca, ai cui *diktat* può essere in parte attribuita la costituzionalizzazione della "rigorosa condizionalità" nei casi *Pringle* e *Gauweiler* della Corte di giustizia – i giudici nazionali si sono nel complesso dimostrati piuttosto deferenti quando si è trattato di valutare gli sviluppi generali dell'unione monetaria europea: Trattato MES, *Fiscal Compact*, OMT, in generale le misure di rafforzamento della *governance* economica volte alla prevenzione delle crisi. Eppure si è trattato di cambiamenti notevoli dal punto di vista della sovranità nazionale e delle prerogative del parlamento in materia di

bilancio: uno dei principi basilari del costituzionalismo, *no taxation without representation*, è scosso quando – com'è ormai la regola per i paesi dell'eurozona – le proposte di bilancio devono essere formulate prima alla Commissione e all'Ecofin per essere poi negoziate con i partner europei e le istituzioni sovranazionali, e solo in un secondo momento vengono presentate al parlamento nazionale, che ha tempi stretti per approvarle. Secondo i critici della nuova *governance* economica, si realizzerebbe in questo modo «lo svuotamento dei processi statali, che diventano poco più che contenitori amministrativi» (CHALMERS 2012, 693). Per averne una misura basti considerare che la legge di bilancio irlandese del 2011 è stata discussa dalla commissione finanziaria del parlamento tedesco, oltre che dall'Ecofin, prima ancora di essere presentata al parlamento irlandese (MAJONE 2014, 1221).

In secondo luogo, i giudici nazionali hanno avuto molte occasioni per pronunciarsi sulla compatibilità con la costituzione delle misure di *austerity* previste nei memoranda di intesa e nei programmi di aggiustamento strutturale, in caso di assistenza finanziaria, oppure concordate con i partner e le istituzioni europee nell'ambito delle procedure della nuova *governance* economica. Si tratta di un vasto ma dettagliato quadro di misure i cui contenuti sono noti: tagli alla sanità e all'educazione, tagli alle pensioni e ai salari minimi, tagli alle prestazioni sociali e assistenziali, tagli ai salari nel settore pubblico, ridimensionamento del settore pubblico e programmi di privatizzazione, riduzione delle garanzie contro il licenziamento, decentramento e smantellamento della contrattazione collettiva (KILPATRICK 2014). Riguardo a tali misure i giudici nazionali hanno a volte mostrato un atteggiamento meno deferente nei confronti del governo – e indirettamente delle istituzioni europee – e si sono avute pronunce di illegittimità incostituzionale, ad esempio in Portogallo, Italia, Romania, Lettonia e Ungheria, sulla base della violazione dei diritti sociali o – ed è il caso più frequente – della violazione del principio di eguaglianza. Spesso queste sentenze hanno provocato reazioni molto dure: la sentenza della corte costituzionale portoghese del 30 maggio 2014, n. 412, in particolare, si è attirata un nugolo di critiche dottrinali e politiche senza precedenti, provocando l'uscita anticipata del Portogallo dal programma di assistenza; le decisioni della corte costituzionale ungherese hanno spinto il governo di Orbán a riformare più volte la costituzione in modo da restringere la giurisdizione della corte costituzionale e da modificane la composizione (KILPATRICK 2015b).

Non è certo possibile sostenere, senza adeguate argomentazioni, che l'implementazione del diritto europeo della crisi negli ordinamenti statali sia stata *tout court* incostituzionale, sebbene nel caso della Grecia l'incostituzionalità di alcune di tali leggi sia, a quanto pare, «quasi di senso comune» (MARKETOU 2014, 25). Ciò che si può invece affermare è che i programmi di aggiustamento strutturale hanno dato vita, nei paesi assistiti finanziariamente, se non a una sorta di regime di occupazione imposto dalla Troika (MAJONE 2014), quantomeno a un esercizio

diretto di autorità pubblica internazionale (BOGDANDY, GOLDMANN 2013); più in generale, le regole della nuova *governance* economica hanno messo in moto una serie di processi di trasformazione costituzionale negoziati fra i partner europei e perciò non interamente nel dominio degli ordinamenti statali da essi interessati. Il diritto europeo della crisi è anche un diritto della crisi costituzionale degli stati, del loro disordinamento giuridico. Complici o vittime del "liberalismo autoritario" (SOMEK A. 2015) emerso dalla crisi, qui non importa: gli ordinamenti statali sembrano coinvolti appieno da questi processi di trasformazione costituzionale mediante integrazioni e disintegrazioni giuridiche.

5. *Conclusioni*

Non è questo il luogo in cui valutare se questi sviluppi del diritto dell'UE – ma soprattutto questi sviluppi del diritto *fuori* dall'UE – siano un segnale di accresciuta integrazione politica dell'Unione oppure, al contrario, siano il segnale della sua incipiente disintegrazione. Entrambe le tesi sono sostenibili. Si può sottolineare, ad esempio, come gli stati dell'eurozona si siano attivati per porre rimedio ad alcuni difetti originari dell'unione monetaria e a tal fine abbiano creato, in una situazione di difficile crisi finanziaria, istituzioni e impegni internazionali che intensificano i loro legami economici e politici. È certamente vero che «il passaggio dal metodo comunitario a una nuova forma di intergovernamentalismo nella gestione della crisi [...] conduce a un progresso significativo nell'integrazione, per esempio limitando la sovranità nazionale in materia di bilancio» (CHITI, TEIXEIRA 2013, 689). D'altra parte, si può sottolineare come la gestione della crisi dietro alle porte chiuse degli Euro Summit, oltre a indebolire le istituzioni sovranazionali e il rilievo del concetto di interesse generale dell'Unione, comprometta la legittimazione democratica della *governance* europea (*ibidem*). Inoltre, il trasferimento di centinaia di miliardi di euro verso il sistema bancario e verso i privati creditori degli stati in crisi (KUMM 2013), le fitte e dettagliate condizioni politiche che impegnano gli stati a riformare, secondo i principi dell'*austerity*, lo stato sociale, il mercato del lavoro e il settore pubblico (KILPATRICK 2015b) e il sostanziale svuotamento di ogni potere di controllo dei parlamenti nazionali sulla legge di bilancio conducono a una situazione di "default democratico" (MAJONE 2014) che è terreno fertile per le rivolte "populiste" contro l'Unione e contro i partiti che ne sostengono l'azione[35].

[35] Una osservazione diffusa; vedi ad esempio SCHARPF 2011, 195: «Nello scenario peggiore, i tentativi di salvare l'euro attraverso le politiche attualmente approvate possono mancare i propri obiettivi e minare la democrazia negli stati membri dell'UE e mettere in pericolo la stessa integrazione europea»; SCHARPF 2015, 398: «Ma è più probabile che la politicizzazione senza possibilità di scelte politiche autonome produca frustrazione, alienazione, apatia o ribellione, piuttosto che legittimità democratica»; PINELLI 2016, 649: «Non

Sia come sia, una cosa sembra certa: dal un punto di vista del diritto dell'UE, queste trasformazioni vanno nella direzione della disintegrazione giuridica, perché la crisi finanziaria e del debito è affrontata con strumenti che riducono al minimo il ruolo delle istituzioni dell'Unione e che si basano invece sulla cooperazione intergovernativa con il coinvolgimento di istituzioni europee (Commissione e BCE) e internazionali (FMI): «il processo di autonomizzazione dell'Unione monetaria europea, e dell'eurozona all'interno dell'Unione monetaria, presenta un numero di sfide alla costruzione unitaria» dell'Europa, che in passato si è sempre caratterizzata, appunto, per un «processo graduale di unificazione giuridica e istituzionale» (CHITI, TEIXEIRA 2013, 696).

Non possiamo dire se il diritto europeo della crisi sia una risposta efficace alla crisi finanziaria dell'eurozona o se invece sia un sintomo della crisi politica dell'Unione: sembra ragionevole descriverne lo sviluppo, tuttavia, come una serie di tappe importanti di un processo di "disordinamento giuridico", perché i momenti che lo scandiscono, al di là della loro discutibile legalità da un punto di vista tecnico-giuridico – in alcuni casi molto dubbia –, alimentano un crescente disordine del sistema delle fonti e una spiccata imprevedibilità dei processi di produzione e applicazione del diritto. Con l'eccezione della (inesorabile) esecuzione dei memoranda di intesa negoziati con i partner europei, infatti, il diritto della crisi si caratterizza per il suo elevato grado di incertezza, che rasenta l'inconoscibilità[36], e per l'inestricabile intreccio dei livelli (statale, europeo e internazionale) in cui si articola. Per il costituzionalismo liberal-democratico e internazionalista emerso dal secondo dopoguerra, l'intreccio di questi livelli rappresenta, se non il segno di una crisi irreversibile, certo una sfida formidabile (MAZZARESE 2017).

solo la crisi finanziaria ha fatto venire allo scoperto il ruolo dominante dei governi a Bruxelles, ma le sconfitte dei loro partiti di riferimento rivelano che gli elettori ne sono divenuti consapevoli».

[36] KILPATRICK 2015a, 342: «l'accessibilità è un problema maggiore. È molto difficile persino per un giurista specializzato o per un giudice nazionale ricostruire la mappa giuridica delle misure di *bailout* così da formulare nel modo appropriato le questioni di costituzionalità o di rispetto dei diritti fondamentali. È pressoché impossibile per un cittadino europeo trovare le fonti del diritto che hanno un impatto significativo sulla sua vita».

Riferimenti Bibliografici

ADAM S., MENA PARRAS F.J. 2013. *The European Stability Mechanism through the Legal Meanderings of the Union's Constitutionalism: Comment on* Pringle, in «European Law Review», 38, 2013, 848 ss.

BANCA CENTRALE EUROPEA 2015. *The Fiscal Impact of Financial Sector Support During the Crisis*, in «ECB Economic Bulletin», 6, 2015, disponibile in www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/eb201506_article02.en.pdf (consultato il 15 marzo 2017).

BECK G. 2013. *The Legal Reasoning of the Court of Justice and the Euro Crisis – The Flexibility of the Court's Cumulative Approach and the* Pringle *Case*, in «Maastricht Journal of European and Comparative Law», 20, 2013, 635 ss.

BOBBIO N. 1959-1960. *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993.

BOGDANDY A., GOLDMANN M. 2013. *Sovereign Debt Restructurings as Exercises of International Public Authority: Towards a Decentralized Sovereign Insolvency Law*, in ESPÓSITO C., LI Y., BOHOSLAVSKY J.P. (eds.), *Sovereign Financing and International Law: The UNCTAD Principles on Responsible Sovereign Lending and Borrowing*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 39 ss.

BORGER V. 2013. *The ESM and the European Court's Predicament in* Pringle, in «German Law Journal», 14, 2013, 113 ss.

CANEPA A. 2015. *Crisi dei debiti sovrani e regolazione europea: una prima rassegna e classificazione di meccanismi e strumenti adottati nella recente crisi economico-finanziaria*, in «Rivista AIC», 1, 2015, disponibile in http://www.rivistaaic.it/crisi-dei-debiti-sovrani-e-regolazione-europea-una-prima-rassegna-e-classificazione-di-meccanismi-e-strumenti-adottati-nella-recente-crisi-economico-finanziaria.html (consultato il 15 marzo 2017).

CHALMERS D. 2012. *The European Redistributive State and a European Law of Struggle*, in «European Law Journal», 18, 5, 2012, 667 ss.

CHITI E., TEIXEIRA P.G. 2013. *The Constitutional Implications of the European Responses to the Financial and Public Debt Crisis*, in «Common Market Law Review», 50, 2013, 683 ss.

COMMISSIONE EUROPEA 2012. *New Crisis Management Measures to Avoid Future Bank Bail-outs*, Brussels, 6 giugno 2012, disponibile in http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-570_en.htm#footnote-1 (consultato il 15 marzo 2017).

COMMISSIONE EUROPEA 2014. *Financial Regulation: European Commission Presents a First Comprehensive Review of the EU's Reform Agenda*, Brussels, 15 maggio 2014, disponibile in http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-564_en.htm (consultato il 15 marzo 2017).

COMMISSIONE PER I PROBLEMI ECONOMICI E FINANZIARI DEL PARLAMENTO EUROPEO 2014. *Indagine sul ruolo e le attività della troika (BCE, Commissione e FMI) relativamente ai paesi dell'area dell'euro oggetto di programmi*, 28 febbraio 2014, disponibile in www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2014-0149+0+DOC+XML+V0//IT (consultato il 15 marzo 2017).

CRAIG P. 2013. Pringle*: Legal Reasoning, Text, Purpose and Teleology*, in «Maastricht Journal of European and Comparative Law», 20, 2013, 3 ss.

CRAIG P. 2014. Pringle *and the Nature of Legal Reasoning*, in «Maastricht Journal of European and Comparative Law», 21, 2014, 203 ss.

DE GRAUWE P. 2016. *Economia dell'unione monetaria*, 10 ed., Bologna, il Mulino, 2016.

DE GREGORIO MERINO A. 2012. *Legal Developments in the Economic and Monetary Union during the Debt Crisis: The Mechanisms of Financial Assistance*, in «Common Market Law Review», 49, 2012, 1613 ss.

DE LUCIA L. 2016, *The Rationale of Economics and Law in the Aftermath of the Crisis: A Lesson from Michel Foucault*, in «European Constitutional Law Review», 12, 2016, 445 ss.

DE WITTE B. 2015. *Euro Crisis Responses and the EU Legal Order: Increased Institutional Variation or Constitutional Mutation?*, in «European Constitutional Law Review», 11, 2015, 434 ss.

DONATI F. 2013. *Crisi dell'euro,* governance *economica e democrazia nell'Unione europea*, in «Rivista AIC», 2, 2013, disponibile in http://www.rivistaaic.it/crisi-dell-euro-governance-economica-e-democrazia-nell-unione-europea.html (consultato il 15 marzo 2017).

FABBRINI F. 2014. *The Euro-Crisis and the Courts: Judicial Review and the Political Process in Comparative Perspective*, in «Berkeley Journal of International Law», 32, 2014, 64 ss., disponibile in http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol32/iss1/3 (consultato il 15 marzo 2017).

FABBRINI S. 2015. *Which European Union? Europe after the Euro Crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

FARAGUNA P. 2016, *La sentenza del* Bundesverfassungsgericht *sul caso* OMT/Gauweiler, «Diritti comparati», Working paper, 1-2016, disponibile in www.diritticomparati.it/working-papers/la-sentenza-del-bundesverfassungsgericht-sul-caso-omtgauweiler/ (consultato il 15 marzo 2017).

FASONE C. 2015. *Taking Budgetary Powers Away from National Parliaments? On Parliamentary Prerogatives in the Eurozone Crisis*, EUI Working Paper LAW 2015/37, disponibile in http://cadmus.eui.eu/handle/1814/36658 (consultato il 15 marzo 2017).

FICHERA M., HÄNNINEN S., TUORI K. (eds.) 2014. *Polity and Crisis. Reflections on the European Odyssey*, Farnham, Ashgate, 2014.

GROSSI P. 2007. *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007.

GUASTINI R. 1998. *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998.

HINAREJOS A. 2015. *The Euro Area Crisis in Constitutional Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

HOFMANN C. 2017. *Greek Debt Relief*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 37, 2017, 1 ss.

IRTI N. 1978. *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1978.

ITZCOVICH G. 2005. *Integrazione giuridica. Un'analisi concettuale*, in «Diritto pubblico», 9, 2005, 749 ss.

ITZCOVICH G. 2009. *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali. L'Europa e il suo diritto in tre concetti*, in «Diritto pubblico comparato ed europeo», 1/2009, 34 ss.

KILPATRICK C. 2014. *Are the Bailouts Immune to EU Social Challenge Because They Are Not EU Law?*, in «European Constitutional Law Review», 10, 2014, 393 ss.

KILPATRICK C. 2015a. *On the Rule of Law and Economic Emergency: The Degradation of Basic Legal Values in Europe's Bailouts*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 35, 2015, 325 ss.

KILPATRICK C. 2015b. *Constitutions, Social Rights and Sovereign Debt States in Europe: A Challenging New Area of Constitutional Inquiry*, EUI Working Paper LAW 2015/34, disponibile in http://cadmus.eui.eu/handle/1814/36097 (consultato il 15 marzo 2017).

KILPATRICK C., DE WITTE B. (eds.) 2014. *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights' Challenges*, EUI Working Paper LAW 2014/05, disponibile in http://cadmus.eui.eu/handle/1814/31247 (consultato il 15 marzo 2017).

KUMM M. 2013. *What Kind of a Constitutional Crisis Is Europe in and What Should Be Done About It?*, Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung (WZB) Discussion Paper SP IV 2013-801, disponibile in: https://bibliothek.wzb.eu/pdf/2013/iv13-801.pdf (consultato il 15 marzo 2017).

MAJONE G. 2014. *From Regulatory State to a Democratic Default*, in «Journal of Common Market Studies», 52, 6, 2014, 1216 ss.

MARKETOU A.-I. 2014. *Constitutional Change through Euro Crisis Law: "Greece"*, EUI, 2014, disponibile in http://eurocrisislaw.eui.eu/greece/ (consultato il 15 marzo 2017).

MARTINICO G. 2016. *Le implicazioni costituzionali della crisi. Una rassegna della*

letteratura, in «federalismi.it», 26, 2016, disponibile in http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=33052 (consultato il 15 marzo 2017).

MAZZARESE T. 2017, *La (mancata) tutela dei diritti fondamentali fra sfide del costituzionalismo (inter)nazionale e disordine delle fonti del diritto*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 17, 1, 2017, 109-137.

MORELLI G. 1943. *Nozioni di diritto internazionale*, 7 ed., Padova, Cedam, 1967.

PALMSTORFER R. 2012. *To Bail Out or Not to Bail Out? The Current Framework of Financial Assistance for Euro-Area Member States Measured Against the Requirements of EU Primary Law*, in «European Law Review», 37, 2012, 771 ss.

PASTORE B. 2014. *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 2014

PERASSI T. 1917. *Teoria dommatica delle fonti di norme giuridiche in diritto internazionale*, ora in ID., *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1958, 237 ss.

PINELLI C. 2012. *La dimensione internazionale della crisi finanziaria e i suoi riflessi nelle istituzioni di cooperazione sovranazionale e sui rapporti tra queste e gli ordinamenti nazionali*, V Giornate italo-ispano-brasiliane di diritto costituzionale, *La Costituzione alla prova della crisi finanziaria mondiale*, Lecce, 14-15 settembre 2012, disponibile in http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/09/Pinelli.pdf (consultato il 15 marzo 2017).

PINELLI C. 2016. *Il doppio cappello dei governi fra Stati e Unione europea*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 3, 2016, 639 ss.

PINO G. 2014. *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, Modena, Mucchi, 2014.

RATTI G.B. 2008. *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2008.

ROMANO S. 1946. *L'ordinamento giuridico*, 2 ed. con aggiunte, Firenze, Sansoni, 1946.

RUFFERT M. 2011. *The European Debt Crisis and European Union Law*, in «Common Market Law Review», 48, 2011, 1777 ss.

SCHARPF F. 2011. *Monetary Union, Fiscal Crisis and the Preemption of Democracy*, in «Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften», 9, 2, 2011, 163 ss., disponibile in http://www.zse.nomos.de/fileadmin/zse/doc/Aufsatz_ZSE_11_02.pdf (consultato il 15 marzo 2017).

SCHARPF F. 2015. *After the Crash: A Perspective on Multilevel European Democracy*, in «European Law Journal», 21, 3, 2015, 384 ss.

SOMEK A. 2015. *Delegation and Authority: Authoritarian Liberalism Today*, in «European Law Journal», 21, 3, 2015, 340 ss.

SORRENTINO F. 2015. *Le fonti del diritto italiano*, 2 ed., Padova, Cedam, 2015.

STEINBACH A. 2016. *The 'Haircut' of Public Creditors under EU Law*, in «European Constitutional Law Review», 12, 2016, 223 ss.

STIMILLI E. 2015. *Debito e colpa*, Roma, Ediesse, 2015.

TARELLO G. 1975. *Ordinamento giuridico*, in ID., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1988.

TUORI K., TUORI KL. 2014. *The Eurozone Crisis. A Constitutional Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

VAN MALLEGHEM P.A. 2013. Pringle*: A Paradigm Shift in the European Union's Monetary Constitution*, in «German Law Journal», 14, 2013, 141 ss.

VOGLIOTTI M. (ed.) 2008. *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, Giappichelli, 2008.

WATTS R.L. 2005. *A Comparative Perspective on Asymmetry in Federations*, in «Asymmetry Series», Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University, 4, 2005, disponibile in http://www.queensu.ca/iigr/sites/webpublish.queensu.ca.iigrwww/files/files/WorkingPapers/asymmetricfederalism/Watts2005.pdf (consultato il 15 marzo 2017).

ZACCARIA G. 2004. *Trasformazione e riarticolazione delle fonti del diritto oggi*, in «Ragion pratica», 22, 2004, 93 ss.

LA (MANCATA) TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI FRA SFIDE DEL COSTITUZIONALISMO (INTER)NAZIONALE E DISORDINE DELLE FONTI DEL DIRITTO

TECLA **MAZZARESE**

&dq

La (mancata) tutela dei diritti fondamentali fra sfide del costituzionalismo (inter)nazionale e disordine delle fonti del diritto

Fundamental Rights and (the Failure) of Their Protection Between Challenges of (Inter)national Constitutionalism and Disorder of Legal Sources

TECLA MAZZARESE

Docente di Filosofia del Diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Brescia
Email: tecla.mazzarese@unibs.it

ABSTRACT
Questo lavoro si propone di offrire una ricognizione dei quasi settant'anni di sfide del costituzionalismo (inter)nazionale e, soprattutto, di indicarne la particolare incidenza tanto sul sempre più destabilizzante disordine delle fonti del diritto (nazionale e internazionale) quanto sulla crescente incertezza dei termini in cui (continuare) a garantire la tutela dei diritti fondamentali e la salvaguardia dei beni fondamentali (§ 5). In particolare, dopo un breve cenno agli (in)successi della sua storia (§ 2), saranno distinti due ordini di sfide del costituzionalismo (inter)nazionale: (i) le sfide (risalenti) che, già prima della conclusione del secondo conflitto mondiale, ne hanno segnato gli inizi e la lenta ma progressiva affermazione dei principi ultimi (§ 3), e, dall'altra parte, le (nuove) sfide che, a conclusione della guerra fredda nel contesto di un nuovo disordine geopolitico, ne hanno cominciato a minacciare non solo i risultati faticosamente raggiunti ma anche lo stesso impianto valoriale del suo progetto giuridico e politico (§ 4).

This paper aims at providing an overview of the nearly seventy years of challenges which have been coming along with (inter)national constitutionalism since its beginnings. Most of all, it aims at drawing attention to their peculiar relevance with regard to both the ever growing disorder of (national and international) legal sources and the wide and larger uncertainty in the forms to protecting fundamental rights and preserving fundamental goods (§ 5). In particular, after a few remarks on its (failed) achievements (§ 2), two sorts of challenges of the (inter)national constitutionalism will be distinguished: (i) the (earlier) challenges which even before the conclusion of the second world war had marked its beginnings and the slowly progressive assessment of its ultimate principles (§ 3); and (ii) the (new) challenges which at the conclusion of the cold war, in the contest of a new geopolitical disorder, have started to undermining its hardly achieved results as well as the basic values of its legal and political project (§ 4).

KEYWORDS
Costituzionalismo (inter)nazionale, disordine delle fonti del diritto, protezione dei diritti fondamentali

(Inter)national constitutionalism, legal sources disorder, protection of fundamental rights

© 2017, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
Tutti i diritti sono riservati.

La (mancata) tutela dei diritti fondamentali fra sfide del costituzionalismo (inter)nazionale e disordine delle fonti del diritto

TECLA MAZZARESE

1. *Termini della crescente incertezza del diritto (inter)nazionale e nel diritto (inter)nazionale* – 2. *Un ambizioso progetto politico e giuridico e i suoi settant'anni di (in)successi* – 3. *Sfide che derivano* dal *costituzionalismo (inter)nazionale* – 4. *Sfide* al *costituzionalismo (inter)nazionale* – 4.1. *Fattori politico-ideologici* – 4.2. *Fattori giuridico-istituzionali* – 4.3. *Fattori socio-culturali* – 5. *Il costituzionalismo (inter)nazionale, le sue sfide e la proliferazione di nuove fonti del diritto.*

> «La nostra è l'epoca dei mercati globali, ma è anche l'epoca delle carte universali dei diritti, accettate da un numero crescente di paesi: prevalgono sulle leggi degli Stati; ed è l'epoca dei tribunali internazionali, che difendono i diritti umani al di là di ogni confine nazionale. Le loro sentenze, sempre più frequentemente, vanificano le leggi degli Stati, correggono le decisioni dei giudici nazionali, persino quelle delle corti costituzionali» [Francesco Galgano[1]]

> «L'ordine giuridico globale non si sovrappone [...] come un altro strato a quello statale. Questi non sono due livelli, perché le diseguaglianze e la frammentazione sono forti, perché gli Stati non sono gli unici soggetti, si mescolano con altri soggetti e perdono la loro unità, perché nessun "livello di governo" riesce a mantenere il monopolio delle relazioni con le parti che lo compongono» [Sabino Cassese[2]]

1. *Termini della crescente incertezza del diritto (inter)nazionale e nel diritto (inter)nazionale*

A partire dalle sue battute iniziali, nel secondo novecento, quella del costituzionalismo (inter)nazionale è la storia di quasi settant'anni di sfide complesse e impegnative che, mai definitivamente superate, continuano a riproporsi sempre uguali nelle istanze delle quali sono espressione e, al tempo stesso, sempre diverse nella specificità delle mutevoli circostanze che di volta in volta le ripropongono.

Con l'intenzione di offrirne una ricognizione ragionata e, in particolare, di indicarne la specifica incidenza tanto sul sempre più destabilizzante disordine

[1] GALGANO 2010, 167.
[2] CASSESE S. 2006, 10.

delle fonti del diritto (nazionale e internazionale)[3] quanto sulla crescente incertezza dei termini in cui (continuare a) garantire la tutela dei diritti fondamentali e la salvaguardia dei beni fondamentali (§ 5), dopo un breve accenno agli (in)successi dei suoi settant'anni (§ 2), del costituzionalismo (inter)nazionale saranno distinti (senza per questo ignorare o trascurare le loro possibili interazioni) due diversi ordini di sfide: da una parte, le sfide (risalenti) che, già prima della conclusione del secondo conflitto mondiale, ne hanno segnato gli inizi e la progressiva (per quanto lenta e contrastata) affermazione dei principi ultimi e fondativi (§ 3), e, d'altra parte, le (nuove) sfide che, a conclusione della guerra fredda nel contesto di un nuovo disordine geopolitico ad oggi non ricomposto, ne hanno cominciato a minacciare non solo i risultati faticosamente raggiunti ma anche lo stesso impianto valoriale del suo progetto giuridico e politico (§ 4).

Diverse ma fra loro simmetricamente complementari, tanto le sfide risalenti quanto quelle più recenti testimoniano, le une e le altre, non solo degli esiti alterni degli sforzi per realizzare e/o difendere la mai definitiva affermazione dei principi ultimi e fondativi del costituzionalismo (inter)nazionale ma anche della crescente incertezza *del* diritto (inter)nazionale, e *nel* diritto (inter)nazionale, riguardo ai termini in cui (continuare a) garantire la tutela dei diritti fondamentali e la salvaguardia dei beni fondamentali nel "pluralismo diffuso e confuso"[4] delle sue fonti.

In particolare, per un verso, gli (in)successi del costituzionalismo (inter)nazionale nei confronti delle sue sfide *risalenti* hanno contribuito al disordine delle fonti del diritto (inter)nazionale là dove i numerosi testi normativi – carte, convenzioni, patti, dichiarazioni e trattati – e le sentenze giudiziali che integrano, gli uni e le altre, il sempre più vasto e complesso diritto internazionale dei diritti fondamentali sono privi di una regolamentazione che ne consenta un ordine e una coordinazione non solo fra loro ma anche con le forme di diritto dei diritti

[3] La proliferazione di nuove forme di produzione giuridica, difficilmente riconducibili a un unico sistema strutturato di fonti, pur nella varietà delle sue valutazioni, è un fenomeno sempre più centrale nelle ricerche di molti giuristi di differenti aree disciplinari: così, ad esempio, nel diritto costituzionale (fra gli altri, CARLASSARE 2000, RUGGERI 2002, 2008, 2016, 353-357 e DE VERGOTTINI 2006, 2010); nel diritto internazionale (fra gli altri, KRISH 2010); nel diritto penale (fra gli altri, VIGANÒ 2011, MANES 2012); nel diritto amministrativo (per tutti CASSESE S. 2003, 2006, 2007, 2009); nel diritto commerciale (per tutti GALGANO 1976, 2005 e MARRELLA 2003) e nel diritto privato (fra gli altri, BRECCIA 2006 e LIPARI 2009; 2017) ma anche nelle analisi di discipline quali la sociologia del diritto (fra gli altri, FERRARESE 2000, 2006 e TEUBNER 2005), la storia del diritto (per tutti GROSSI 2008, 2009, 2015) e, non ultimo, nelle riflessioni di quegli operatori giuridici, e in particolare di quei giudici (fra gli altri, CONTI 2011, 2014, 2016 e LEO 2016) che si interrogano sul proprio ruolo e sul proprio *modus operandi* là dove, ancor prima delle leggi, gli stessi principi che presiedono alle loro decisioni sono dissonanti se non addirittura in aperto contrasto. Paradossalmente invece, tranne alcune eccezioni, il problema non è oggetto di particolare attenzione da parte di filosofi e teorici del diritto che ad oggi spesso continuano a sottovalutarne la portata e gli effetti dirompenti sull'apparato categoriale otto-novecentesco della teoria del diritto e in particolare sulla teoria dell'ordinamento.

[4] Con riferimento a GROSSI 2008, 45, di "pluralismo diffuso, confuso e indomabile" parla LIPARI 2009, 489.

fondamentali, legislative e giurisprudenziali, che si sono andate sviluppando nel diritto interno dei singoli stati e, non meno significativamente, nel diritto delle loro formazioni regionali.

E ancora, per altro verso, gli (in)successi del costituzionalismo (inter)nazionale nei confronti delle *nuove* sfide hanno contribuito al disordine delle fonti del diritto (inter)nazionale perché, ad oggi, continua a mancare tanto una regolamentazione che ordini e coordini i diversi materiali del diritto (inter)nazionale dei diritti fondamentali quanto una regimentazione di quelle nuove forme di diritto sovranazionale e transnazionale, incluse quelle di *soft law* nella pluralità eterogenea delle loro diverse espressioni, che, spesso indifferenti quando non in aperto contrasto con la tutela dei diritti e la salvaguardia dei beni fondamentali, si sono progressivamente sviluppate in relazione alla globalizzazione dell'economia, della finanza e dei mercati; di quelle nuove forme di produzione giuridica, cioè, che nella loro multiforme varietà individuano e caratterizzano la nuova *lex mercatoria*[5].

2. *Un ambizioso progetto politico e giuridico e i suoi settant'anni di (in)successi*

Fallita la Società delle Nazioni, istituita nel 1919 per garantire la pace nel mondo dopo gli orrori del primo conflitto mondiale, quello che si progetta e si vuole affermare dopo i nuovi e ancora più devastanti orrori del secondo conflitto mondiale e dei regimi totalitari che lo avevano innescato, è un assetto internazionale che non si limiti più a un generico auspicio pacifista ma che fattivamente si adoperi alla realizzazione delle condizioni che consentano la "costruzione" di una pace che abbia come proprio fondamento la difesa delle istituzioni democratiche *degli* stati e *fra* gli stati e, in particolare, l'affermazione dell'eguaglianza di tutti gli esseri umani nei diritti fondamentali[6].

Questo, in estrema sintesi, il nucleo ultimo del progetto, politico e giuridico, del costituzionalismo (inter)nazionale del secondo novecento: la costruzione della pace in un ordine internazionale fra democrazie costituzionali di stati costituzionali di diritto (o, nella suggestiva denominazione di Stefano Rodotà, di "stati costituzionali dei diritti"[7]).

[5] Per una ricostruzione storica delle diverse fasi in cui si è andata sviluppando la *lex mercatoria* a partire dal periodo feudale in Europa, cfr. GALGANO 1976 e 2005, 43-76 e MARRELLA 2003, 19-31.

[6] Sul carattere "qualificato" della pace di cui l'Onu si prefigge la costruzione, richiama l'attenzione, ad esempio, VILLANI 2002, 209 s. quando sottolinea che «per un verso, il rispetto dei diritti umani costituisce, oltre che un valore in sé, una condizione indispensabile per lo stesso mantenimento della pace e della sicurezza internazionale; per altro verso, la *pace che l'Onu intende garantire non si risolve nella mera assenza di violenza nei rapporti internazionali, ma è una pace, per così dire, qualificata per essere fondata, tra l'altro, sul rispetto dei diritti umani*» (corsivo mio).

[7] Così, ad esempio, RODOTÀ 1992 (sec. ed. 1999), 107 e 2006, 33.

Semplice e perentorio nella sua enunciazione, l'imprescindibile rilievo assegnato al principio d'eguaglianza di tutti gli esseri umani nei diritti fondamentali di per sé non è però sufficiente a risolvere in modo condiviso i diversi aspetti problematici che rendono controversa la nozione di diritti fondamentali[8], né tantomeno, ad avere ragione dei dissensi (inter)nazionali, politici ed economici ancor prima e più significativamente che culturali o ideologici, che ne hanno condizionato gli (in)successi degli ultimi settant'anni. La barbarie del secondo conflitto mondiale e le infamie dei regimi totalitari che lo avevano scatenato erano stati sufficienti, infatti, a determinare un diffuso consenso sulla necessità di rivendicare la protezione internazionale di un catalogo diritti fondamentali (universali, inviolabili e inalienabili) ma non a raggiungere un'intesa sulla loro individuazione, sulla definizione e istituzionalizzazione delle loro garanzie giuridiche.

Non è fortuito, quindi, che nel 1945 la *Carta dell'Onu*, pur enunciando enfaticamente fra i propri fini quello di promuovere il rispetto dei diritti fondamentali, non ne specifichi il catalogo; né è fortuito che nel 1948 la *Dichiarazione universale*, redatta dopo due anni di lavori da una commissione appositamente istituita dall'Onu, non abbia carattere giuridicamente vincolante[9].

E ancora, le divergenze e le reticenze, che non avevano consentito di specificare nella *Carta dell'Onu* i diritti dei quali si promuoveva il rispetto e che avevano precluso l'accordo per riconoscere forza giuridicamente vincolante alla *Dichiarazione universale*, sono state confermate e riproposte anche nel 1966 con la redazione di due diversi *Patti* relativi a due distinti elenchi di diritti: il *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, e il *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali*. Due *Patti* diversi e due distinti elenchi che, nella loro separatezza, ripetono le ragioni di dissenso e le tensioni che già nella redazione della *Dichiarazione universale* avevano visto la contrapposizione fra due concezioni dei diritti fondamentali: quella di chi, come gli Stati Uniti, ne rivendicava una matrice esclusivamente individualistico-liberale, e quella di chi, come l'Unione Sovietica, ne sollecitava invece una connotazione fortemente socialista. Due *Patti* diversi e due distinti elenchi, di quell'unico catalogo di diritti declinato nella *Dichiarazione universale*, per consentire ai più strenui fautori dell'una o dell'altra ideologia di sottoscrivere solo uno dei due documenti. Giuridicamente vincolanti per i paesi che li hanno ratificati (e sono molti quelli che li hanno ratificati entrambi), i *Patti* del 1966 non testimoniano, però, solo dell'irriducibilità nella contrapposizione fra concezioni diverse dei diritti fondamentali, ma segnano, al tempo stesso, una tappa importante nella progressiva diffusione della loro attuazione e tutela.

Così come testimoniano di una progressiva attenzione per la loro attuazione e tutela la pluralità di carte, convenzioni, patti, dichiarazioni e trattati, regionali e

[8] Sul punto, cfr., ad esempio, MAZZARESE 2002, 22 s. e 2012 179-189.

[9] Per un'attenta ricognizione delle difficoltà che hanno accompagnato la redazione della *Carta dell'Onu* e della *Dichiarazione universale*, cfr. MORSKIN 1999, GLENDON 2001, CASSESE A. 2005a, COSTA 2010, 23-28.

internazionali, che, per quanto se ne possa lamentare complessità e asistematicità, ridondanze e lacune, nel loro insieme hanno contribuito alla nascita, allo sviluppo e all'articolazione di un *(inter)national human rights law*, di un diritto (inter)nazionale dei diritti fondamentali (§ 3).

Carte, convenzioni, patti, dichiarazioni e trattati che nella loro varietà e pluralità concorrono a riproporre, nello spirito della *Dichiarazione universale*, l'indivisibilità dei diritti civili e sociali. Ma che, al tempo stesso, nonostante la loro varietà e pluralità, non sono mai riuscite ad avere definitivamente ragione delle molte difficoltà, politiche ed economiche ancor prima e ancor più significativamente che culturali, che ne hanno sempre intralciato e contrastato l'efficacia (§§ 3 e 4). Lo testimoniano, in particolare, i diversi meccanismi, primo fra tutti quello del ricorso alle riserve, che consentono di eludere se non addirittura di vanificare gli effetti della loro eventuale ratifica. E lo testimoniano, soprattutto, le defezioni delle grandi potenze che queste carte e convenzioni spesso si rifiutano di ratificare a dispetto (o forse proprio a conferma) della centralità del loro ruolo nel condizionarne, in fase di stesura, i termini di declinazione e articolazione[10].

Che le difficoltà con le quali si sono sempre scontrate l'attuazione e la tutela dei diritti fondamentali (§§ 3 e 4) siano di carattere politico ed economico ancor prima che culturale, come rivendica invece un numero sempre più vasto di movimenti fra loro eterogenei (§ 4), è un'affermazione che trova conferma nei termini in cui è possibile scandire e caratterizzare alcune delle sue fasi principali. È così, in particolare, nella distinzione di quattro fasi della storia della protezione internazionale dei diritti nel secondo novecento che Antonio Cassese delinea proprio in ragione delle loro diverse valenze politiche e connotazioni ideologiche. Secondo Cassese, infatti, la prima fase, che va dall'adozione della *Carta dell'Onu* alla fine degli anni cinquanta, vede il «predominio dei paesi occidentali»; la seconda, iniziata a metà anni cinquanta, con il rafforzamento in seno all'Onu dei paesi socialisti e la loro crescente influenza sui paesi in via di sviluppo, «è caratterizzata dalla necessità per gli Stati occidentali di venire a patti» sia con i paesi socialisti sia con quelli del terzo mondo; la terza fase, poi, iniziata nei primi anni settanta e conclusasi alla fine degli anni ottanta, vede «la prevalenza dei paesi in via di sviluppo»; e infine, la quarta

[10] Così, solo per citare un esempio eclatante, il *Trattato di Roma* del 1998, istitutivo della Corte Penale Internazionale, non è stato ratificato né dagli Stati Uniti, né da Cina, Russia e Israele. E ancora, per citare non il caso eclatante di un singolo trattato, ma quello che viene affermato come principio cardine della propria politica (inter)nazionale, l'"eccezionalismo" che gli Stati Uniti rivendicano nel loro sistematico astenersi dal ratificare patti e convenzioni internazionali (già a partire dalla mancata ratifica del *Trattato di Versailles*, del 1919, istitutivo delle Società delle Nazioni) e regionali (gli Stati Uniti non hanno infatti ratificato neppure la *Convenzione americana sui diritti umani* del 1969). Una ricca e articolata ricognizione delle diverse argomentazioni utilizzate in letteratura per fondare o giustificare l'"eccezionalismo" degli Stati Uniti è offerta in IGNATIEFF 2004; sull'ambiguità del ruolo degli Stati Uniti nelle trasformazioni del diritto internazionale, cfr., ad esempio HABERMAS 2004, trad. it. 2005, 151-156 e, in particolare, 180-185.

fase, quella iniziata con la conclusione della guerra fredda, vede la scomparsa della contrapposizione fra i blocchi dei paesi occidentali, socialisti e del terzo mondo e «si apre [così scrive Cassese ancora nel 2004] con un generale e ampio consenso fra gli stati sulla necessità di considerare il rispetto dei diritti umani come una *condicio sine qua non* per una piena legittimazione internazionale, vale a dire per una vera partecipazione alla vita delle relazioni internazionali»[11].

Indubbio, come afferma Cassese, che la fine della guerra fredda segni l'inizio di una nuova fase (delle relazioni internazionali[12] e) nella storia della protezione internazionale dei diritti; fase, questa, che, però, diversamente da quanto immaginato da Cassesse[13], non si è rivelata il momento più pienamente positivo e più promettente del costituzionalismo (inter)nazionale quanto piuttosto l'inizio di una sua crisi sempre più sfaccettata e profonda (§ 3)[14].

3. *Sfide che derivano* dal *costituzionalismo (inter)nazionale*

Sorprendentemente ambizioso nel prospettare un nuovo ordine mondiale coniugando assieme pace, democrazia e tutela dei diritti[15], il costituzionalismo (inter)nazionale non poteva non rappresentare esso stesso una sfida all'assetto giuridico e politico che già dalle prime codificazioni a fine settecento e, ancor prima, con la nascita degli stati nazionali nel cinquecento, per un verso, ruotava attorno all'assunto del carattere assoluto della sovranità nazionale (della sovranità intesa, cioè, come *suprema potestas superiorem non recognoscens*[16]), e, per altro verso, individuava i

[11] CASSESE A. 2004, 89.

[12] Cfr., ad esempio, DI NOLFO 2016.

[13] È opportuno segnalare che i toni ancora pienamente positivi nella caratterizzazione della quarta fase della storia della protezione internazionale dei diritti sono condizionati, forse, da vicende editoriali più che da un eccessivo ottimismo di Cassese. Le citazioni nel testo, infatti, sono tratte dalla versione italiana di un suo volume inglese pubblicato nel 2001, prima dell'attentato dell'11 settembre. L'attenzione e l'apprensione di Cassese per i problemi che negli ultimi anni hanno condizionato sempre più fortemente la crisi del costituzionalismo (inter)nazionale sono invece manifeste, ad esempio, in una sua raccolta di saggi del 2005 e, in particolare, nel saggio nel quale esplicitamente si interroga sui termini in cui "ripensare i diritti umani"; e ancora, attenzione e apprensione sono manifeste in molti sui articoli per la stampa che Paola Gaeta ha raccolto nel volume CASSESE A. 2008 e, in modo particolarmente vivido, in CASSESE A. 2011, nel tono volutamente informale della bella conversazione con Giorgio Acquaviva.

[14] Sulla crisi "della odierna democrazia costituzionale" e del costituzionalismo, in termini e con argomenti non sempre concordi con quelli usati in questo lavoro, richiama l'attenzione FERRAJOLI 2013a, 139-255.

[15] Con la sua consueta icastica chiarezza è BOBBIO 1990, vi, a indicare l'irrinunciabile centralità di questo legame, quando afferma «Diritti dell'uomo, democrazia e pace sono tre momenti necessari dello stesso movimento storico: senza diritti dell'uomo riconosciuti e protetti non c'è democrazia; senza democrazia non ci sono le condizioni minime per la soluzione pacifica dei conflitti».

[16] Limpida nella sua ricostruzione e nell'articolazione degli argomenti che prendono in esame le sfide del costituzionalismo (inter)nazionale al concetto di sovranità assoluta, FERRAJOLI 1997. E ancora, di particolare interesse, SILVESTRI 1996.

termini in cui render conto del diritto come un ordinamento dotato di una propria identità e unità (completa e coerente).

Ancora generici nell'inevitabile indeterminatezza della loro prima formulazione nel *Preambolo* e nell'articolo 1 della *Carta dell'Onu* del 1945, i termini del legame (di un doppio legame di reciproco condizionamento) da istaurare tra pace, democrazia e tutela dei diritti fondamentali acquistano forma e contenuto con la positivizzazione di un catalogo di diritti fondamentali assolutamente innovativo nella loro caratterizzazione non meno che nella loro elencazione; positivizzazione, a livello internazionale, con la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del 1948 e, contestualmente, sia a livello nazionale, nelle costituzioni dell'Italia e della Germania sia a livello regionale, in America (latina)[17], con la *Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre*, approvata due mesi prima della stessa *Dichiarazione universale*, e in Europa, seppure in una forma ancora parziale nella sua prima redazione del 1950[18], con la *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*.

Quello declinato nelle prime positivizzazioni (inter)nazionali della fine degli anni quaranta del novecento è un catalogo assolutamente innovativo rispetto alle *Carte* di fine settecento[19]; lo è, in particolare, (i) per l'individuazione di chi possa essere considerato titolare dei diritti (non più specifiche classi di soggetti ma ogni essere umano[20]), (ii) per l'elencazione dei diritti che lo compongono (diritti della persona come individuo e come componente di formazioni sociali, diritti relativi alla formazione e applicazione della legge, diritti politici, diritti economico-sociali ma anche il diritto alla pace e a un ordine sociale e internazionale), (iii) per la caratterizzazione degli stessi diritti (universali nel loro pluralismo laico, inviolabili e inalienabili ma anche indivisibili perché gli uni agli altri complementari nella loro varietà e pluralità), e, non ultimo, (iv) per i valori e i principi che (anche quando non esplicitamente formulati) ne connotano l'intero impianto e il senso stesso della sua articolazione (dal rispetto per la dignità umana alla solidarietà, da un'eguaglianza nei diritti che non è estranea ma complementare al "diritto ad essere diversi" a un pluralismo laico rispettoso di sistemi valoriali differenti).

Un catalogo radicalmente innovativo, quello messo a punto alla fine degli anni quaranta del novecento, a partire dal quale e in relazione al quale, nonostante aspri

[17] Cfr. *infra*, nt. 21.

[18] Per una ricognizione, chiara e sintetica, dei diversi protocolli che, nel corso degli anni, hanno contribuito ad emendare e/o ad ampliare il catalogo dei diritti, cfr. PAROLARI 2010.

[19] Sul punto, cfr. MAZZARESE 2012, 189-197.

[20] Non più, come volevano le Carte di fine settecento, maschi bianchi e dotati di censo ma, come recita il *Preambolo* della *Dichiarazione universale* del 1948 "tutti i membri della famiglia umana" perché, come specifica e sancisce il suo articolo 2, «Ad ogni individuo spettano tutti i diritti e tutte le libertà enunciati nella [...] *Dichiarazione*, senza distinzione alcuna, per ragioni di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione».

dissensi, ritardi e fallimenti, in settant'anni di (in)successi (§ 2), si è andato sviluppando il diritto (inter)nazionale dei diritti fondamentali. Non sempre organico nella sua articolazione e di un'indubbia complessità nella pluralità di interazioni e molteplicità di rinvii incrociati, si è andato sviluppando, cioè, un insieme di carte, convenzioni, patti, dichiarazioni e trattati sulla tutela dei diritti fondamentali sia a livello internazionale sia, sempre più frequentemente anche a livello regionale prima in Europa e in America (latina)[21], e poi anche in Africa, Asia e nei Paesi arabo-mussulmani[22].

Un insieme di carte, convenzioni, patti, dichiarazioni e trattati, a livello internazionale e regionale, che, secondo i casi, hanno proposto varianti[23] e/o nuove e più ricche declinazioni dell'intero catalogo dei diritti o, invece, precisato e scandito nello specifico[24] i diritti di soggetti particolarmente deboli (così, ad esempio, riguardo alle donne, ai fanciulli, ai lavoratori migranti, ai detenuti, ai prigionieri di conflitti armati) e/o specificato il significato e definito le garanzie di diritti già riconosciuti (così, ad esempio, riguardo al genocidio, alla discriminazione razziale, alla riduzione in schiavitù, alla tortura, alla violenza domestica) o, ancora, sancito le forme e i modi della tutela di nuovi diritti il cui riconoscimento è (stato) sollecitato da nuove esigenze socio-economiche, da nuove scoperte scientifiche e tecnologiche (così ad esempio, riguardo al genoma umano, alla pluralità di forme della biomedicina e riguardo agli sviluppi sempre più incalzanti dell'informatica e delle nuove forme di comunicazione), e, non ultimo, da profonde alterazioni dell'ambiente e del suo ecosistema.

Ma non solo. Un insieme di carte, convenzioni, patti, dichiarazioni e trattati che accanto e oltre alle successive ridefinizioni del catalogo dei diritti fondamentali e/o alle progressive declinazioni dei termini in cui intenderli e garantirli, altrettanto

[21] Dopo la *Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre* del 1948, nel 1969 viene adottata la *Convenzione americana sui diritti umani*; convenzione, questa, ratificata da 25 dei 35 stati che ad oggi fanno parte dell'Organizzazione degli stati americani; fra gli stati che non l'hanno ratificata il Canada e, come nel caso di molte altre convenzioni internazionali sui diritti fondamentali, gli Stati Uniti.

[22] I testi delle principali carte regionali sui diritti fondamentali, ciascuno dei quali preceduto da una *Nota informativa* redatta da Paola Parolari, sono raccolti in *I diritti fondamentali nel mondo. Una mappa di carte regionali*, *Appendice* a MAZZARESE T., PAROLARI P. 2010, 175-302. Fra i testi, com'è ovvio, non è incluso quello della recente *Asian Human Rights Declaration* del 2013. Per un'analisi e un confronto fra carte regionali diverse, cfr, ad esempio, AA.VV. 2004 e PAROLARI 2013, 237-245.

[23] Di particolare rilevo le varianti che possono caratterizzare la riformulazione del catalogo dei diritti nelle diverse carte regionali; varianti la cui analisi (come quella, ad esempio delle opere citate alla fine della nota precedente) può contribuire a dissipare pregiudizi e luoghi comuni sul (non) universalismo dei diritti fondamentali e sulla reciproca (im)permeabilità dei sistemi valoriali di culture differenti.

[24] È questo quello che BOBBIO 1989 (ried. 1990), 46; 1993, vii e PECES-BARBA 1991 (trad. it. 1993), 159-175 chiamano "processo di specificazione" dei diritti fondamentali rispetto ai titolari e rispetto ai contenuti; processo che, già a partire da alcuni rilievi di Peces-Barba, a volte è (stato) considerato più come un pericoloso fattore di frammentazione che non come un utile momento di puntualizzazione di diritti troppo generici nella loro formulazione. Sul punto cfr., ad esempio, MARGIOTTA 2005, RODOTÀ 2007, PISANÒ 2011, 161-172.

significativamente, prevede e sancisce l'istituzione di una pluralità di corti (diverse nelle rispettive funzioni e competenze) per la loro tutela (sovra)nazionale. Una pluralità di corti che si articola (i) a livello nazionale, nelle pronunce, secondo i casi, delle corti supreme o delle corti costituzionali dei singoli paesi; (ii) a livello regionale, nelle pronunce delle corti che, secondo procedure fra loro differenti, vigilano sulla non violazione dei diritti fondamentali, là dove a livello nazionale si diano casi problematici e controversi; così, in particolare: la Corte europea dei diritti dell'uomo (con sede a Strasburgo), la Corte di giustizia europea (con sede a Lussemburgo), la Corte interamericana dei diritti umani (con sede a San José in Costarica) e la Corte africana per i diritti dell'uomo e dei popoli (con sede ad Arusha in Tanzania); e (iii) a livello internazionale, nelle pronunce della Corte internazionale di giustizia (con sede all'Aia) e da quelle al momento tutt'altro che numerose della Corte penale internazionale (anch'essa con sede all'Aia). Pluralità di corti, questa appena indicata, che peraltro non esaurisce la varietà di forme (quasi) giudiziali relative alla tutela dei diritti fondamentali a livello transnazionale e sovranazionale[25].

Istituite tutte, nella specificità delle rispettive competenze e funzioni, per contribuire a una tutela multilivello dei diritti fondamentali e per consentire, attraverso il loro dialogo, di puntualizzare e chiarire le ragioni di dissenso o incertezza sui termini in cui intenderli e circoscriverne l'ambito delle (in)evitabili limitazioni reciproche[26], le pronunce di questa pluralità di corti (inter)nazionali non sempre si sono però rivelate fra loro concordi né riguardo alle soluzioni proposte né riguardo all'individuazione[27] e interpretazione dei testi normativi e dei (reciproci) precedenti sui quali fondare le proprie decisioni. Quello che ne risulta, quindi, è non un sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali, quanto piuttosto un sistema policentrico che con le proprie dissonanze[28] rischia di confermare, e non di ridurre, i margini di dissenso e incertezza sulla loro tutela (giudiziale).

In sintesi, da quello che appare (e in buona sostanza è) un successo nell'affermazione dei suoi principi e dei suoi valori nei confronti dell'assetto politico e

[25] In relazione alla pluralità eterogenea di "*regulatory regimes* settoriali" che affolla lo "spazio giuridico globale", «senza, però, che tra questi vi siano né una definita ripartizione di competenze, né una precisa scala gerarchica», CASSESE S. 2009, 141, osserva che «della tutela dei diritti umani si interessano sia organismi specializzati in determinati settori (ad esempio, l'Organizzazione internazionale del lavoro, l'Unesco), sia organismi *ad hoc* (ad esempio, l'Alto commissariato dei diritti umani, organo dell'Onu, o la Corte europea dei diritti dell'uomo, organo del Consiglio d'Europa) sia altri organismi, in virtù dei *linkages* che si stabiliscono, ad esempio, tra commercio e diritti umani».

[26] Limitazioni che non possono non essere fissate, in generale dal legislatore (inter)nazionale e/o in concreto nella loro tutela giudiziale, perché spesso non è univoca né la lettura che di ciascuno di essi può essere data singolarmente né la valutazione della pluralità delle loro interferenze reciproche.

[27] Non solo l'interpretazione ma anche l'individuazione (la scelta) dei testi normativi sui quali fondare una decisione giudiziale può essere controversa. Al tema dell'individuazione del diritto, non sempre indagato come uno dei possibili aspetti problematici nell'applicazione giudiziale, fa riferimento PASTORE 2017, § 3.

[28] Su difficoltà e aspetti problematici del "dialogo" fra le corti, nella letteratura italiana richiamano l'attenzione, ad esempio, OBERTO 2013, RUGGERI 2014a e 2014b, CONTI 2016, PAROLARI 2016, 157-163 e 2017.

giuridico precedente alla seconda metà del novecento, ha origine una delle nuove sfide (e non una delle meno impegnative) con cui il costituzionalismo (inter)nazionale è chiamato oggi a confrontarsi (§ 4.2). L'insieme sempre più vasto dei testi normativi che integrano e costituiscono un diritto (inter)nazionale dei diritti fondamentali (sempre più magmatico nella mancata regolamentazione che ne ordini e ne coordini i contenuti) ha determinato infatti l'affermarsi e il progressivo consolidarsi di due delle nuove forme di produzione giuridica, l'una da parte di un poliedrico legislatore (inter)nazionale l'altra da parte delle diverse corti (inter)nazionali, che nella pluralità delle loro rispettive espressioni, concorrono alla proliferazione delle fonti del diritto e al loro disordine[29]; concorrono, cioè, non ad assicurare e a rendere più certo ma, non troppo paradossalmente, a intralciare e a rendere più tortuoso il loro comune obiettivo di garantire la tutela (giudiziale) dei diritti e la salvaguardia dei beni fondamentali (§ 5).

4. *Sfide* al *costituzionalismo (inter)nazionale*

La proliferazione di fonti di diritto transnazionale e sovranazionale non è dovuta, però, solo alle forme e ai modi in cui il costituzionalismo (inter)nazionale è stato in grado (fra incertezze e contraddizioni) di superare, con una lenta ma progressiva diffusione e affermazione dei propri valori e dei propri principi, molte delle sfide che il proprio progetto ha posto all'assetto giuridico e politico preesistente.

Simmetricamente, infatti, la proliferazione di fonti di diritto transnazionale e sovranazionale è condizionata anche da fattori che, in particolare a conclusione della guerra fredda, hanno cominciato a costituire una sfida ai valori e ai principi del costituzionalismo (inter)nazionale; da fattori, cioè, che o rimettono in discussione i suoi valori e i suoi principi o, quanto meno, denunciano il rischio della loro implosione a fronte delle difficoltà poste dai nuovi scenari sociali, politici ed economici.

Sono tre, in particolare, come ho segnalato altre volte[30], i principali ordini di fattori che individuano le nuove sfide al progetto non ancora compiutamente realizzato del costituzionalismo (inter)nazionale: un ordine di fattori politico-ideologici (§ 4.1), un ordine di fattori giuridico-istituzionali (§ 4.2), e un ordine di fattori socio-culturali (§ 4.3).

4.1. *Fattori politico-ideologici*

Il primo ordine di fattori, di matrice *politico-ideologica* ma con un forte impatto

[29] Esplicita la percezione e la denuncia di questa difficoltà anche da parte di chi, giudice, è tenuto a garantire la tutela giudiziale dei diritti; così, ad esempio, in CONTI 2016, 91.

[30] In particolare, MAZZARESE 2008, 218-224, 2010a, 518-520, 2012, 206-208.

giuridico-istituzionale nella ridefinizione del diritto (costituzionale) interno e del diritto (pubblico) internazionale è, per un verso, quello di una progressiva delegittimazione del progetto stesso di un ordine globale fondato sul doppio legame fra tutela dei diritti fondamentali, mantenimento della pace e salvaguardia delle istituzioni democratiche, e, per altro verso, quello di una contestazione sempre più ricorrente dei termini in cui si è andata progressivamente configurando e affermando la tutela (inter)nazionale dei diritti fondamentali.

In particolare, per un verso, la delegittimazione del progetto di un ordine globale fondato sul reciproco condizionamento fra diritti fondamentali, pace e democrazia ha trovato espressione (i) nel crescente consenso verso il riproporsi di forme di populismo che mettono a rischio, o quantomeno intaccano e sviliscono le istituzioni della democrazia (costituzionale)[31]; e, certo non meno significativamente, (ii) nella progressiva e sempre più sfacciata rilegittimazione della guerra; dopo i primi faticosi tentativi onomastici (dalla prima guerra del golfo del 1990 alle guerre in Kosovo nel 1999, in Afghanistan nel 2001 e in Iraq nel 2003) di camuffarle come "interventi di polizia internazionale" o di giustificarle (anche se giuridicamente illegittime) in nome di superiori principi morali, negli ultimi anni, senza più alcuna remora, di "guerra" si è cominciato a parlare (e, soprattutto, alla guerra si è continuato a fare ricorso) per far fronte alle esigenze più diverse. Così, in particolare, nonostante le clamorose (e tardive) ammissioni riguardo al suo effetto diametralmente opposto a quello rivendicato[32], contro i paesi che sono focolaio (non meno che vittima) del radicamento del terrorismo internazionale. Così, sorprendentemente, persino per affrontare l'"emergenza" migranti (una "emergenza" ormai lunga trent'anni), non con normative (inter)nazionali che dei migranti si preoccupino di tutelare la fuga dai rispettivi paesi di provenienza e di disciplinare le forme di accoglienza nei paesi di approdo, quanto piuttosto dichiarando guerra (e non metaforicamente) agli scafisti che (certo senza la minima preoccupazione per la loro dignità né attenzione per la loro sicurezza) trasbordano i migranti dalle coste africane a quelle greche e italiane; ricorso alla guerra, questo (ad oggi non ancora messo in atto), che, per quanto motivato in nome dell'esigenza di far fronte a una forma indiscutibilmente abietta di criminalità, si rivela duplicemente deplorevole perché (i) da una parte, nega a chi ne sia sospettato il diritto a un giusto processo (diritto da tutelare sempre, quale che sia l'infamia del crimine del quale si possa essere accusati), e (ii) d'altra parte, non meno significativamente,

[31] Il problema è preso in esame, ad esempio, da MASTROPAOLO 2005, FERRAJOLI 2013b, 125-184, BIORCIO 2015.

[32] Il riferimento, in particolare, è all'intervista del 25.10.2105 (che è possibile ascoltare sul sito della CNN, http://edition.cnn.com/2015/10/25/europe/tony-blair-iraq-war/) nella quale Tony Blair esplicitamente riconosce che la guerra in Iraq ha favorito l'affermazione e la diffusione dell'Isis. Dell'intervista che in realtà ha destato meno scalpore di quello che sarebbe stato naturale aspettarsi, dà notizia ad esempio MASTROLILLI 2016.

tende a impedire, e non già a rendere più dignitosa o più sicura, la fuga di chi abbandona il proprio paese per sfuggire alla guerra, alla persecuzione politica o all'indigenza[33].

E ancora, per altro verso, la contestazione dei termini della tutela dei diritti fondamentali ha trovato espressione, solo per fare alcuni degli esempi più eclatanti, (i) nella contestazione del loro universalismo che, ignorando il principio del pluralismo laico che ne caratterizza il catalogo, rivendica un particolarismo esasperato ed esasperante di sistemi valoriali che si pretende siano fra loro alternativi[34], (ii) nella stigmatizzazione della loro proliferazione e/o nella denuncia del loro costo che, indifferenti al principio dell'indivisibilità dei diversi diritti sanciti nel loro primo catalogo del 1948, sollecitano una loro ridefinizione minimalista[35] e/o l'adozione di un'accorta politica di investimenti sui diritti da (non) garantire[36]; (iii) nella ridefinizione, indifferente al principio d'eguaglianza dei diritti (di ogni essere umano riguardo al loro intero catalogo), di quali soggetti possano essere considerati titolari di quali diritti: è questo il caso dei migranti ai quali, quando non si contesta il diritto stesso di migrare, nei paesi in cui migrano viene spesso negata o quantomeno limitata la titolarità di molti diritti[37]; e, da ultimo, cronologicamente ma non per importanza, (iv) nella progressiva limitazione della tutela dei diritti economico-scociali (istruzione, salute e lavoro) anche ai cittadini *optimo iure* di quegli stessi paesi meta di flussi migratori.

Contestazione dei termini della tutela dei diritti fondamentali e delegittimazione del loro doppio legame con i valori della pace e della democrazia a volte esplicite e manifeste nella loro formulazione, a volte invece, ancora più insidiosamente, mascherate da una loro reinterpretazione tanto radicale da proporne una valenza diametralmente opposta a quella che ne aveva accompagnato la formulazione, da un

[33] Il riferimento è alla EUNAVFORMED (acronimo che sta per European Union Naval Force Mediterranean), l'operazione concertata dal Consiglio Europeo come misura per fronteggiare l'"emergenza" migranti o più correttamente per arginare i flussi migratori che dalle coste africane vanno verso le coste greche e le coste italiane.

[34] Per una lettura critica di questa posizione, cfr. FERRAJOLI 2007, vol. 2, § 13.11, e 547, MAZZARESE 2013, PAROLARI 2013, 2014 e 2016.

[35] Per una lettura critica di tale posizione, cfr. MAZZARESE 2006.

[36] Perentoria la replica di FERRAJOLI 2007, vol. 2, 68 a questa posizione là dove afferma che «la tesi che il costo dei diritti ne renderebbe impossibile la piena soddisfazione» è un *non sequitur*, non solo perché «le istituzioni politiche, a cominciare dallo Stato, non sono società commerciali con finalità di lucro» che hanno nella crescita economica e nella produzione della ricchezza i propri scopi e parametri di legittimità, ma soprattutto perché «se è vero che i diritti fondamentali costano, è anche vero che costano assai di più le loro violazioni e le loro inadempienze»; replica che in realtà risponde non tanto alla tesi del "costo dei diritti" così come è stata formulata nel fortunato saggio di HOLMES, SUSTEIN 1999, quanto piuttosto alle diverse riformulazioni che di questa tesi sono state riproposte da coloro che l'hanno utilizzata come argomento per negare attuazione e tutela ai diritti sociali ed economici.

[37] Per una ricognizione dei diritti di cui ai migranti viene spesso negata (la piena) titolarità, cfr. ad esempio, nella letteratura italiana, DAL LAGO 1999 e GIOLO 2013.

lato, nella *Carta dell'Onu* del 1945, nella *Dichiarazione universale dei diritti* del 1948 e, nel 1966, con il *Patto internazionale sui diritti civili e politici* e il *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali*, e, dall'altro lato, nelle costituzioni dei paesi che nel secondo dopoguerra si sono andati affrancando da dittature e regimi totalitari.

Contestazioni, le une e le altre, che, com'è manifesto, non possono non contribuire, anche ma non solo dove trovano espressione normativa e/o giudiziale, a rendere più dubbi, controversi e soprattutto meno incisivi i termini nei quali (continuare a) intendere e a dare applicazione al diritto (inter)nazionale dei diritti fondamentali; e ancora, non possono non contribuire a rendere più confusi e controversi i criteri in relazione ai quali decidere una gerarchia tra le fonti del diritto (inter)nazionale che (non) contribuiscono a delegittimare la tutela (inter)nazionale dei diritti fondamentali.

4.2. *Fattori giuridico-istituzionali*

Il secondo ordine di fattori, di matrice *giuridico-istituzionale* ma con un forte impatto politico-ideologico nella sua indifferenza a qualsiasi preoccupazione di legittimazione democratica, è, invece, quello del moltiplicarsi di una pluralità, varia ed eterogenea, di forme di diritto transnazionale e sovranazionale che si sovrappongono e interferiscono, le une e le altre, tanto con il diritto nazionale interno quanto con il diritto internazionale[38].

Così, ad esempio, la varietà di forme di diritto regionale, di *soft law*, in generale la pluralità eterogenea «di atti, non omogenei quanto ad origine e natura che, benché privi di effetti giuridici vincolanti, risultano comunque, in vario modo, giuridicamente rilevanti»[39] e, in particolare, di *lex mercatoria* con i suoi «modelli contrattuali uniformi che, attraverso una fitta rete di clausole standard, di regole e di pratiche, di condizioni generali e contratti tipo, rafforzata attraverso l'apparato attuativo delle Camere di commercio internazionali, rappresenta l'unico (o comunque il fondamentale) punto di riferimento normativo per tutta una serie di rapporti economici a livello internazionale»[40].

Particolare il rilievo della *lex mercatoria* perché, ad oggi[41], si è rivelata indif-

[38] Nonostante (o forse proprio in ragione) dell'attenzione di cui sono oggetto, manca in letteratura una caratterizzazione univocamente condivisa di "diritto transnazionale" e di "diritto sovranazionale". Per una ricognizione delle prime tematizzazioni della nozione di diritto transnazionale, cfr. ZUMBANSEN 2006; per una esemplificazione di suoi usi non sempre coincidenti, cfr. MADURO, TUORI, SANKARI 2014.

[39] PASTORE 2014, 103. E ancora sulla pluralità eterogenea di forme di *soft law* e/o della loro incidenza sul disordine delle fonti del diritto (inter)nazionale, cfr., nella letteratura italiana, BARBERIS 2008, 274-279, SOMMA 2008, 2009, PARIOTTI 2009, 2011.

[40] LIPARI 2009, 491. E ancora, sulla *lex mercatoria* e la varietà delle sue espressioni, cfr., nella letteratura italiana, GALGANO 1976, 2005 e MARRELLA 2003

[41] Ad oggi e nelle forme in cui si è andata configurando, ma di principio nulla esclude né preclude una regolamentazione della *lex mercatoria* complementare o quantomeno armonica con i principi della tutela

ferente se non addirittura antagonista al diritto (inter)nazionale dei diritti fondamentali[42]: le diverse espressioni della *lex mercatoria* sia nella definizione di diversi modelli contrattuali sia nell'individuazione di criteri di risoluzione delle controversie che possono derivare dalla loro stipulazione, di massima, finora, si sono rivelate infatti più attente alla difesa degli interessi delle parti che non alla tutela dei diritti fondamentali o alla salvaguardia dei beni fondamentali, dei beni, cioè, nella definizione di Luigi Ferrajoli,

> «la cui accessibilità è garantita a tutti e a ciascuno perché oggetto di altrettanti diritti fondamentali e che perciò, al pari di questi, sono sottratti alla logica del mercato: come l'aria, l'acqua e gli altri beni del patrimonio ecologico dell'umanità e, per altro verso, gli organi del corpo umano, i farmaci cosiddetti "essenziali" o "salva-vita" e simili»[43].

Indifferenza, se non antagonismo, che ha non solo ricorrenti esemplificazioni nella prassi in cui la *lex mercatoria* trova applicazione ma anche un'imbarazzante

(inter)nazionale dei diritti e della salvaguardia dei beni fondamentali. In questo senso, ad esempio, la posizione di FERRAJOLI 2007, vol. 2, 582, secondo cui «Il primo problema di una teoria della dimensione economica e civile della democrazia internazionale è [...] quello di tematizzare [le libertà economiche come poteri]: innanzitutto di riconoscerli come tali e poi di sottoporli a regole, a limiti, a vincoli e a controlli. Il secondo problema è quello della natura degli argomenti di tali regole, limiti e controlli: in materia di lavoro, di incompatibilità e conflitto di interesse, di *antitrust* e di protezione dell'ambiente»; e ancora FERRAJOLI 2013a, 143-157 e 2013b, 113-118. In una prospettiva differente, in una prospettiva attenta cioè alle forme e ai modi della *lex mercatoria* in quanto tale più che alla prospettiva di una loro possibile regolamentazione rispettosa della tutela dei diritti fondamentali e della salvaguardia dei beni fondamentali, GALGANO 2005, 39 s., non esclude la possibilità di una (radicale) trasformazione della *lex mercatoria* là dove rileva che «Non sappiamo se e fino a quando perdurerà una *lex mercatoria* di prevalente ispirazione occidentale, qual è quella che oggi troviamo consacrata nei *Principi Unidroit*, o se e a partire da quando i mutati rapporti fra Oriente e Occidente non porteranno a una diversa *lex mercatoria*, lontana dai suoi attuali contenuti, ispirata dalle consuetudini commerciali dei mercati orientali».

[42] Raramente presa in considerazione nella letteratura che di solito si occupa o di diritto dei diritti fondamentali o di *lex mercatoria* ma non della problematicità degli effetti (in)diretti della *lex mercatoria* sulla (mancata) tutela dei diritti fondamentali e sulla (mancata) salvaguardia dei beni fondamentali, l'esplicita denuncia dei "poteri sregolati del mercato" è invece ricorrente nella teoria del diritto e della democrazia di Luigi Ferrajoli che stigmatizza come «[l']assenza di una sfera pubblica globale si risolve nella mancanza di limiti all'esercizio dei poteri finanziari e imprenditoriali privati, quali si manifestano sul mercato globale unitamente alla loro crescente espansione, accumulazione, invadenza e capacità di condizionamento della vita civile e politica. [Ne consegue ...] un'ulteriore erosione delle sfere pubbliche nazionali e con esse dell'insieme di garanzie dei diritti fondamentali [...]. La *lex mercatoria* si afferma insomma come la nuova *Grundnorm* dell'ordine internazionale, con conseguente inversione del rapporto fra Stato e mercato» (così, in particolare in FERRAJOLI 2007, vol. 2, § 13.11 e 532 s. E ancora, sull'antagonismo fra "costruzione dell'Europa dei mercati" e "distruzione dell'Europa dei diritti" richiama l'attenzione SOMMA 2008.

[43] FERRAJOLI 2010, 68. Quello dei beni fondamentali e/o dei beni comuni (denominazioni differenti e caratterizzazioni non sempre coincidenti) è un tema oggetto di crescente interesse nella letteratura degli ultimi anni. Di particolare rilievo, in particolare, le ricerche, come quella appena citata di FERRAJOLI 2007, vol. 2, 582-587, o quelle di RODOTÀ 2011, 2012, 105-138 e di PENNACCHI 2012, che si sviluppano intorno all'interazione fra salvaguardia dei beni comuni e tutela dei diritti fondamentali. In una prospettiva multidisciplinare, cfr. il volume della Fondazione Lelio e Lisli Basso-Issoco, AA.VV. 2013.

conferma nelle analisi di chi, enfatizzando a ragione il suo indubbio rilievo nello scardinare il tradizionale sistema delle fonti del diritto, non presta eccessiva attenzione (là dove il tema venga almeno menzionato) né (i) alla (possibile) tensione fra gli interessi dei privati tutelati dalla *lex mercatoria*, da un lato, e, dall'altro, la tutela di diritti e beni fondamentali, né, tantomeno, (ii) al ruolo, non meno centrale di quello della *lex mercatoria*, della tutela dei diritti fondamentali e della salvaguardia dei beni fondamentali nel condizionare una radicale alterazione del tradizionale sistema delle fonti. Esemplare, al riguardo, l'eccessiva enfasi di Francesco Galgano quando afferma che

> «La *lex mercatoria* è fonte di diritto – la sola possibile fonte di diritto capace, al tempo presente, di produrre diritto transnazionale [!] – non solo perché *usus*, cioè pratica costante di traffici sul mercato globale, ma anche perché è *usus* assistito dalla *opinio iuris*, ossia perché le camere arbitrali internazionali lo applicano nella convinzione che esso *debba* essere applicato, siccome sistema di vere e proprie regole giuridiche, proprie della *business community*, e perché le stesse leggi e gli stessi giudici degli Stati le riconoscono questa attitudine regolatrice»[44].

4.3. *Fattori socio-culturali*

E ancora, un terzo ordine di fattori, distinto da quello di matrice politico-idelogica e da quello di matrice giuridico-istituzionale, nonostante possa condizionare ed essere condizionato dall'uno e dall'altro, è di matrice *socio-culturale*. Si tratta, in particolare, di una duplice minaccia alla tutela dei diritti fondamentali nelle (nuove) società multiculturali e multietniche.

La prima è quella che deriva dalla posizione di chi, rivendicando una lettura unilaterale dell'universalismo dei diritti fondamentali che ne ignora lo spirito laicamente pluralista, rifiuta il rispetto e la tutela delle differenze giuridico-culturali di genti diverse e, in particolare, di coloro che, migranti, negli ultimi tre decenni sempre più numerosi sono venuti a vivere e lavorare nei paesi delle democrazie costituzionali. Paradigmatica la posizione di chi fa proprio l'assunto, teorizzato da Samuel Huntington già a partire dagli inizi degli anni novanta del novecento[45], di un inevitabile "scontro di civiltà". La posizione, cioè, di chi, poco attento alla non univocità della loro formulazione e poco preoccupato per lo scarso rigore della loro argomentazione[46], fa proprie le tesi di Huntington e, per un verso,

[44] GALGANO 2005, 75 s., corsivo nel testo.
[45] HUNTINGTON 1993, 1996 e 2004.
[46] Non manca, in letteratura, chi ha contestato l'assunto dello scontro di civiltà denunciando, come NUSSBAUM 2007, lo scontro "interno" ad ogni civiltà, o auspicando, invece, come COURBAGE e TODD 2007 o TODOROV 2008 (trad. it. 2009), 121-174, l'"incontro delle civiltà"; né manca chi, come nella letteratura italiana COTESTA 2004, 142-158 e DAL LAGO 2006, delle tesi e degli argomenti che lo fondano ha denunciato lo scarso rigore scientifico.

proclama la separatezza, l'incomunicabilità e la competitività fra sistemi valoriali, religioni e tradizioni culturali di "civiltà" differenti[47], e, per altro verso, denuncia il pericolo che, dalla conclusione della guerra fredda e dalla fine del bipolarismo e delle sue ideologie, la "civiltà islamica" e la "civiltà sinica"[48] hanno cominciato a rappresentare per l'"occidente"[49], la sua civiltà, i suoi valori e la sua identità culturale. E ancora, la posizione di chi negli «immigrati provenienti da altre civiltà che rifiutano l'assimilazione e continuano a praticare e propagare valori, usanze e culture delle proprie società d'origine» individua una delle principali minacce "interne" alle società occidentali e, per questa ragione, nei loro confronti sollecita «l'attuazione di politiche di controllo su numero, origine, caratteristiche e grado di assimilazione»[50]. In altri termini, la posizione di chi nei migranti vede la minaccia della "loro" religione e delle "loro" tradizioni culturali ai "propri" valori "occidentali"; valori, questi, che si pretende siano gli unici dei quali i diritti fondamentali riconoscono e sanciscono l'universalismo e l'inviolabilità.

La seconda, simmetrica alla prima, è la posizione di chi, contestando l'universalismo dei diritti fondamentali in nome dell'eguale rispetto per tutte le culture, sollecita invece che pratiche sociali, singole azioni e comportamenti individuali che sono (o possono essere considerate) espressione di tradizioni diverse siano accettate e giustificate anche quando configurino forme di discriminazione e di violazione di diritti fondamentali. Tra i casi più problematici (o a volte solo più drammatizzati o strumentalizzati) si pensi, ad esempio, a pratiche quali quelle dell'uso del velo (*hijab*)[51]

[47] Particolarmente efficace la parafrasi che COTESTA 2004, 145 s., propone di questa posizione là dove, dopo aver ricordato che «[u]n tratto comune delle comunità o delle civiltà, secondo Huntington, è che la definizione di sé comporta la definizione negativa dell'altro», icasticamente stigmatizza «[a]lla fine, per essere, si deve avere un *nemico*» (corsivo nel testo).

[48] Non è chiaro quante e quali siano, nell'analisi di Huntington, le (maggiori) civiltà (contemporanee) né quale sia il criterio in relazione al quale siano (state) individuate, distinte e caratterizzate. Come infatti denuncia puntualmente DAL LAGO 2006, 46 «nella tipologia proposta da Huntington, accanto a una civiltà definita in termini classici, quasi metafisici, come Occidente (Europa e America, con le appendici australiana e neozelandese), troviamo civiltà definite in termini geografico-continentali (Sudamerica [...] e Africa), altre in chiave nazional-insulare (la civiltà giapponese), politico-linguistica (cinese), religiosa (ortodossa e islamica), religioso-culturale (buddista)». Al di là delle (in)coerenze teoriche e/o lessicali, le due civiltà individuate come la maggiore minaccia per l'occidente sono quella "islamica" e quella "sinica"; civiltà, quest'ultima, di cui, dalla non limpida caratterizzazione che ne offre HUNTINGTON 1996 (ried. della trad. it. 2000), 51, emerge che si tratta di una civiltà che concerne la Cina e/o le sue tradizioni confuciane.

[49] Anche quella di "occidente" (nell'analisi di Huntington e non solo) è una nozione problematica che, di volta in volta, secondo i contesti, assume connotazioni geografiche e/o politiche e/o culturali e/o religiose mutevoli e difformi. Sul punto cfr., ad esempio, SEN 2006, IPPOLITO 2007, MAZZARESE 2010b e i diversi contributi alla rivista "Parolechiave", nel suo numero del 2004 dedicato agli "occidentalismi".

[50] HUNTINGTON 1996 (ried. della trad. it. 2000), 454.

[51] Una conferma del carattere controverso della pratica di indossare lo *hijab*, è offerta, ancora di recente, da due sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea: quella sul caso *Achbita et al. c. G4S* (C-175/15) e quella sul caso *Bougnaoui et al. c. Micropole SA* (C-188/15); sentenze, entrambe, che hanno ad oggetto i termini e le condizioni che (non) consentono al datore di lavoro di un'impresa privata di vietare

o di altri indumenti come il *niqab* o il *burqa* che, secondo i casi, si ritengono indispensabili a tutelare pudicizia e modestia delle donne; e ancora, a pratiche come quella delle mutilazioni genitali femminili in tutta la gamma delle varianti di violenza e radicalità delle diverse forme del loro intervento[52]; ma anche a pratiche come quella della poligamia[53]. E ancora, oltre alle pratiche che, pur nella varietà delle loro espressioni, sono scandite da un rituale o da una codificazione che ne individua e definisce la specifica valenza, si pensi alla varietà di azioni e di comportamenti individuali che possono essere caratterizzati come crimini con una connotazione o motivazione culturale ("*culturally motivated crimes*" o "*cultural offences*" nella denominazione che ne è stata proposta nella letteratura nord-americana)[54].

Una duplice minaccia – quella di chi rivendica l'universalismo dei diritti perché pretende che siano espressione dei valori dell'"occidente" e quella di chi invece lo contesta perché (condividendo la stessa pretesa sulla loro matrice) teme che la loro affermazione porti a una forma di neo-colonialismo etico verso le culture altre da quella "occidentale" – che individua una delle sfide forse più complesse che oggi si pone al costituzionalismo (inter)nazionale e all'attuazione dei suoi principi.

Una duplice minaccia che, nella simmetria delle contrapposte valutazioni di uno stesso pregiudizio (quello della matrice "occidentale" dei diritti fondamentali), rivela non solo quanto spesso il pluralismo laico dei diritti fondamentali del secondo

alle proprie dipendenti di indossare il velo islamico. In particolare, nella sentenza *Achbita et al. c. G4S*, in relazione all'interpretazione dell'art. 2 della direttiva 2000/78/CE sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, la Corte afferma che il divieto «di indossare in modo visibile *qualsiasi* segno politico, filosofico o religioso sul luogo di lavoro» non può essere ritenuto una forma di discriminazione diretta basata sulla religione (corsivo mio). Ha inoltre puntualizzato che, anche qualora un simile divieto determinasse di fatto una disparità di trattamento, non sarebbe comunque da considerare una forma di discriminazione indiretta se ed in quanto modalità necessaria ed appropriata a perseguire il fine legittimo «di mostrare, nei rapporti con i clienti sia pubblici che privati, una politica di neutralità politica, filosofica o religiosa» (§ 37). Secondo la Corte, infatti, «la volontà di un datore di lavoro di dare ai clienti un'immagine di neutralità rientra nella libertà di impresa» riconosciuta dall'art. 16 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* (§ 38) e «il perseguimento di tale finalità consente, entro certi limiti, di apportare restrizioni alla libertà di religione» (§ 39).

[52] Numerosa, e sfaccettata in posizioni non coincidenti, la letteratura sul tema. Anche ma non solo per la ricca bibliografia si rinvia a GHIZZI GOLA 2012; e ancora, anche ma non solo per la particolare attenzione rivolta al contesto delle migrazioni in Europa, si rinvia a MORRONE, VULPIANI 2004.

[53] Quello della poligamia è un fenomeno sempre più in crescita in paesi, come l'Italia, meta dei flussi migratori degli ultimi tre decenni; è un fenomeno sempre più in crescita che, però, è ancora oggetto di scarsa attenzione e del quale, come testimonia l'inchiesta di CAFERRI 2008, si sa ancora poco sui dati della sua diffusione e sulla pluralità delle forme in cui si va configurando. Per un'analisi di alcuni dei profili più specificamente giuridici del tema, cfr., ad esempio, CAMPIGLIO 1990, COLAIANNI 2002 e MARELLA 2012; per un'analisi attenta invece anche ai suoi profili antropologici e filosofici, cfr., ad esempio, BELVISI 2003, REMOTTI 2008, 69-161 e, in particolare ZEITZEN 2008.

[54] La letteratura sul tema, come ben documenta PAROLARI 2008, 537-543, è ormai molto vasta e scandita in una pluralità di analisi che si sviluppano in prospettive non sempre coincidenti. Si vedano, in particolare, per la varietà di spunti critici e di informazioni bibliografiche, BENHABIB 2002 (trad. it. 2005), 122-128, PASTORE 2006, BASILE 2010 e, naturalmente, RENTELN 2004 e 2010.

novecento continui ad essere ignorato ma anche e soprattutto quanto possa essere complicato tentarne una piena e compiuta attuazione garantendo a ogni individuo e a ogni gruppo il diritto ad essere diversi, sentirsi diversi e ad essere accettati come diversi[55]; in particolare, garantendo a ogni individuo e a ogni gruppo il diritto ad essere diversi soprattutto nelle società sempre più multiculturali, multietniche e multireligiose dei paesi meta dei flussi migratori degli ultimi trent'anni[56].

5. *Il costituzionalismo (inter)nazionale, le sue sfide e la proliferazione di nuove fonti del diritto*

Per quanto sommaria come quella appena tratteggiata (§§ 3 e 4), una ricognizione delle sfide del costituzionalismo (inter)nazionale – sia delle sfide *dei* suoi principi all'assetto giuridico e politico preesistente sia delle sfide *ai* suoi principi nel disordine geopolitico ancora non ricomposto del dopo guerra fredda[57] – consente di individuare, pur nella sua indubbia complessità, un quadro unitario al quale ricondurre le sempre più numerose, e fra loro concorrenti, forme di produzione giuridica; e ancora, consente di adottare un lessico comune per affrontarne un'analisi organica: il lessico dei diritti fondamentali e della loro (mancata) tutela e attuazione.

In particolare, entro il quadro unitario demarcato dai principi del costituzionalismo (inter)nazionale e dall'adozione del lessico dei diritti fondamentali, è possibile individuare e distinguere quattro direzioni principali lungo le quali si è già sviluppata e/o potrebbe ulteriormente espandersi la differenziazione di nuove fonti di diritto non solo transnazionale e sovranazionale ma anche dello stesso diritto statuale facendo ricorso a nuove forme di produzione giuridica infrastatuale[58]:

(a) le forme di produzione giuridica relative (i) alla riformulazione del catalogo dei diritti e alla specificazione dei diritti di alcune classi di soggetti o alla puntualizzazione delle garanzie di alcuni diritti già riconosciuti (§ 3), non meno

[55] Il riferimento, in particolare, è alla *Dichiarazione Unesco sulla razza e i pregiudizi razziali*, che all'articolo 1 sancisce che «Tutti gli individui e tutti i gruppi hanno diritto di essere diversi, di ritenersi e di essere accettati come tali»; formulazione, questa, ripresa e citata letteralmente al quarto comma dell'articolo 2 di un altro importante testo in tema di diversità culturale e tutela dei diritti, quello della *Dichiarazione Unesco dei principi sulla tolleranza* del 1995.

[56] Sul diritto ad essere diversi nel costituzionalismo (inter)nazionale e, in particolare, sulle difficoltà di garantirlo nelle società sempre più multiculturali per la presenza di migranti, cfr. MAZZARESE 2014.

[57] Un nuovo disordine geopolitico in cui tensioni e conflitti armati (ormai pienamente rilegittimati a dispetto della *Carta dell'Onu*) non derivano più dalla contrapposizione fra paesi della Nato – l'"occidente" liberale – e paesi del Patto di Varsavia – l'"oriente" comunista – ma fra un "occidente" cristiano ed ebraico (del quale oggi sono considerati parte integrante anche paesi non più comunisti del dissolto Patto di Varsavia) e un "oriente" islamico.

[58] Di "diritto infrastatuale" parla anche LOSANO 2005.

che (ii) alle normative che, condizionate dalle critiche e dalle riserve sempre più frequenti alla cultura dei diritti dopo la conclusione della guerra fredda, hanno cominciato a introdurre limiti e a sancire deroghe all'attuazione e tutela di alcuni di quegli stessi diritti fondamentali affermati in costituzione e/o in trattati internazionali già ratificati (§ 4.1)[59];

(b) la varietà di decisioni giudiziali o quasi giudiziali che sempre più numerose a livello nazionale e internazionale, sovranazionale e transnazionale hanno ad oggetto i termini in cui (non) continuare a garantire la tutela dei diritti fondamentali (§ 2);

(c) le forme di produzione giuridica di carattere contrattuale e/o giudiziale (prevalentemente ma non esclusivamente relative alla *lex mercatoria*) indifferenti se non apertamente in contrasto con la tutela dei diritti fondamentali e/o alla salvaguardia dei beni fondamentali (3.2); e non da ultimo

(d) le (eventuali e ad oggi poco diffuse) forme di produzione giuridica di carattere legislativo e/o giudiziale di diritto infrastatuale che, tenendo conto delle nuove forme di multiculturalismo dei paesi meta di flussi migratori, si aprono a (o quantomeno si interrogano su) forme di un pluralismo giuridico che, non in deroga ma nella prospettiva di una piena tutela dei diritti fondamentali, sia attento alle tradizioni culturali e giuridiche di genti diverse (§ 4.3).

Quattro direzioni, quelle appena indicate, con tratti e caratteristiche fra loro differenti che, nondimeno, vanno presi in esame e approfonditi anche, se non soprattutto, nel loro condizionamento reciproco non solo se, in una *prospettiva normativa*, si è mossi dalla preoccupazione di tener conto delle continue trasformazioni del diritto senza per questo voler rinunciare alla difesa dei valori e dei principi di cui il progetto politico e giuridico del costituzionalismo (inter)nazionale è (stato) espressione ma anche se, in una prospettiva più specificamente *teorico-esplicativa*, si vuol render conto di un fenomeno, quello del crescente "disordine diffuso e confuso" delle fonti del diritto (inter)nazionale, non settorialmente ma unitariamente nella sua complessità.

[59] Si pensi, solo per citare alcuni degli esempi più eclatanti, alla ridefinizione dei termini in cui garantire i diritti economici e sociali ma anche alle deroghe ai diritti individuali come la tutela della *privacy* o il divieto di esser sottoposti a tortura.

Riferimenti bibliografici

AA.VV. 2004. *Occidentalismi*. Numero monografico di «Parolechiave», 31, 2004.

AA.VV. 2007. *Le Carte degli altri*. Numero monografico di «Parolechiave», 37, 2007.

AA.VV. 2013. *Tempo di beni comuni. Studi interdisciplinari*, Roma, Ediesse, 2013.

BARBERIS M. 2008. *Europa del diritto*, Bologna, il Mulino, 2008.

BASILE F. 2010. *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, Giuffrè, 2010.

BELVISI F. 2003. *Una riflessione normativa per la società multiculturale. Il caso del matrimonio islamico*, in «Diritto, immigrazione e cittadinanza», 4, 2003, 28 ss.

BENHABIB S. 2002. *La rivendicazione dell'identità culturale. Eguaglianza e diversità nell'era globale*, Bologna, il Mulino, 2005 (ed. or. *The Claims of Culture: Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton, Princeton University Press, 2002, trad. it. di A.R. Dicuonzo).

BIORCIO R. 2015. *Il populismo nella politica italiana. Da Bossi a Berlusconi, da Grillo a Renzi*, Milano, Mimesis, 2015.

BOBBIO N. 1989. *L'età dei diritti*, in ID., *Il terzo assente. Saggi e discorsi sulla pace e sulla guerra*, Torino, Edizioni Sonda, 1989, 112 ss; ried. in ID., *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990, 45 ss.

BOBBIO N. 1990. *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990.

BRECCIA U. 2006. *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al futuro*, in «Politica del diritto», 37, 3, 2006, 361 ss.

CAFERRI F. 2008. *La poligamia nascosta fra gli islamici d'Italia*, su «La Repubblica», 2 aprile, 33 ss.

CAMPIGLIO C. 1990. *Matrimonio poligamico e ripudio nell'esperienza giuridica dell'occidente europeo*, in «Rivista di diritto internazionale privato e processuale», 26, 4, 1990, 853 ss.

CARLASSARE L. 2000. *Fonti del diritto, rottura delle regole, indebolimento della democrazia*, in «Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari», 10, 2000, 75 ss.

CASSESE A. 2004. *Diritto internazionale. II. Problemi della comunità internazionale*, Bologna, il Mulino, 2004.

CASSESE A. 2005a. *La protezione universale dei diritti umani*, in ID., *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, Laterza, 28 ss.

CASSESE A. 2005b. *Ripensare i diritti umani: quali prospettive per i prossimi decenni*, in ID., *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, Laterza, 2005, 211 ss.

CASSESE A. 2008. *Il sogno dei diritti umani*, Milano, Feltrinelli, 2008.

CASSESE A. 2011. *L'esperienza del male. Guerra, tortura, genocidio, terrorismo alla sbarra*, Bologna, il Mulino, 2011.

CASSESE S. 2003. *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

CASSESE, S. 2006. *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

CASSESE S. 2007. *La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo* spazio *giuridico globale all'*ordine *giuridico globale*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 3, 2007, 609 ss.

CASSESE S. 2009. *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, Einaudi, 2009.

COLAIANNI N. 2002. *Poligamia e principi del "diritto europeo"*, in «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 1, 2002, 227 ss.

CONTI R. 2011. *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, Aracne, 2011.

CONTI R. 2014. *Il giudice e il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Roma, Aracne, 2014.

CONTI R. 2016. *Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali*, in «Questione Giustizia», 4, 2016, 89 ss.

COSTA P. 2010. *Dai diritti del cittadino ai diritti dell'uomo: alle origini della Dichiarazione Onu del 1948*, in MAZZARESE T., PAROLARI P. (eds.), *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*, Torino, Giappichelli, 2010, 15 ss.

COTESTA V. 2004. *Sociologia del mondo globale*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

COURBAGE Y. , TODD E. 2007. *L'incontro delle civiltà*, Milano, Marco Tropea Editore, 2009. (ed. or. *Le rendez-voous des civilisations,* Paris, Editions du Seuil, 2007, trad. it di R. Ciccarelli).

DAL LAGO A. 1999. *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, ried. ampliata, Milano, Feltrinelli, 2004.

DAL LAGO A. 2006, *Esistono davvero i conflitti fra culture? Una riflessione storico-metodologica*, in GALLI C. (ed.), *Multiculturalismo. Ideologie e sfide*, Bologna, il Mulino, 45 ss.

DE VERGOTTINI, G. 2006. *Garanzia della identità degli ordinamenti statali e limiti della globalizzazione*, in AMATO C., PONZANELLI G. (eds.), Global Law v. Local Law. *Problemi della globalizzazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 2006, 6 ss.

DE VERGOTTINI G. 2010. *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, il Mulino, 2010.

DI NOLFO E. 2016. *Storia delle relazioni internazionali. Dalla fine della guerra fredda ad oggi*, Roma-Bari, Laterza, 2016.

FERRAJOLI L. 1997. *La sovranità nel mondo moderno*, Roma-Bari, Laterza, 1997.

FERRAJOLI L. 2007. Principia Iuris. *Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, tre volumi, 2007.

FERRAJOLI, L. 2010. *Per una carta dei beni fondamentali*, in MAZZARESE T., PAROLARI P. (eds.), *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*, Torino, Giappichelli, 2010, 65 ss.

FERRAJOLI L. 2013a. *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2013.

FERRAJOLI L. 2013b. *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, Bologna, il Mulino, 2013.

FERRARESE M.R. 2000. *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, il Mulino, 2000.

FERRARESE M.R. 2006. *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

GALGANO F. 1976. Lex mercatoria, Bologna, il Mulino, 1976.

GALGANO F. 2005. *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna, il Mulino, 2005.

GALGANO F. 2010. *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, Bologna, il Mulino, 2010.

GIOLO O. 2013. *Migranti. Diritti in bilico?*, in MAZZARESE T. (ed.), *Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali*, Torino, Giappichelli, 2010, 189 ss.

GHIZZI GOLA E. 2012. *Multiculturalismo e diritti delle donne. Il trattamento giuridico delle mutilazioni genitali femminili in Europa: casi giurisprudenziali e soluzioni normative*, disponibile in http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/migranti/ghizzi/index.htm (consultato il 7 marzo 2017).

GLENDON M.A. 2001. *Verso un mondo nuovo. Eleanor Roosevelt e la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani*, Macerata, Liberilibri, 2008 (ed. or. *A World Made New. Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, New York, Random House Publishing Group, 2001, trad. it. di B. Frigerio).

GROSSI P. 2008. *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, Napoli, Università di Suor Orsola Benincasa, 2008.

GROSSI P. 2009. *Crisi delle fonti e nuovi orizzonti del diritto*, Napoli, Satura, 2009.

GROSSI P. 2015. *Ritorno al diritto*, Roma-bari, Laterza, 2015.

HABERMAS J. 2004. *L'Occidente diviso*. Roma-Bari, Laterza, 2005 (ed. or. *Der gespaltene Westen. Kleine Politsche Schriften X*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2004, trad. it. di M. Carpitella).

HOLMES S., SUNSTEIN, C.R. 1999. *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, il Mulino, 2000 (ed. or. *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York, W.W. Norton, 1999).

HUNTINGTON S.P. 1993. *The Clash of Civilizations?*, in «Foreign Affairs», 72, 3, 1993.

HUNTINGTON S.P. 1996. *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, Milano, Garzanti, 1997 (ed. or. *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*. New York, Simon & Schuster, 1996, trad. it. di S. Minucci).

HUNTINGTON S.P. 2004. *La nuova America. Le sfide della società multiculturale*, Garzanti, 2005 (ed. or. *Who Are We? The Challenges to America's National Identity*, New York, Simon & Schuster, 2004, trad. it di R. Merlini.).

IGNATIEFF M. (ed.) 2004. *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton, Princeton University Press.

IPPOLITO F. 2007. *L'Occidente e gli altri*, in *Le Carte degli altri*. Numero monografico di «Parolechiave», 37, 2007, 11 ss.

KRISCH N. 2010. *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

LEO G. 2016. *Le trasformazioni della legalità penale nel sistema multilivello delle fonti*, in «Questione Giustizia», 4, 2016, 161 ss.

LIPARI N. 2009. *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 63, 2, 2009, 479 ss.

LIPARI N. 2017. *Il diritto civile fra legge e giudizio*, Milano, Giuffrè, 2017.

LOSANO M.G. 2005. *Diritto turbolento. Alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti fra diritti nazionali e normative sovrastatali*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 82, 3, 2005, 403 ss.

MADURO M., TUORI K., SANKARI S. (eds.) 2014. *Transnational Law. Rethinking European Law and Legal Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

MANES V. 2012. *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni fra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, Dike Giuridica editrice, 2012.

MARELLA M.R. 2012. *Poligamia*, in MARCHETTI S., MASCAT J.M.H., PERILLI V. (eds.), *Femministe a parole*, Roma, Ediesse, 2012, 210 ss.

MARGIOTTA C. 2005. *I diritti e l'inflazione dei soggetti*, in «Filosofia politica», 19, 2005, 415 ss.

MASTROLILLI P. 2015. *Le scuse di Blair sull'Iraq*, in «La Stampa Mondo», disponibile in http://www.lastampa.it/2015/10/26/esteri/le-scuse-di-blair-sulliraq-la-guerra-ha-aiutato-lisisnHXDoOgdeFtY8fOySQorrN/pagina.html;jsessionid=285A48B2D430B0C9958B66FDDC6F3597 (consultato il 30 ottobre 2015).

MASTROPAOLO A. 2016. *La mucca pazza della democrazia. Nuove destre, populismo, antipolitica*, Torino, Bollati Boringhieri, 2016.

MAZZARESE T. 2002. *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo. Un inventario di problemi*, in MAZZARESE T. (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002, 1 ss.

MAZZARESE T. 2006. *Minimalismo dei diritti: pragmatismo antiretorico o liberalismo individualista?*, in «Ragion Pratica», 26, 2006, 179 ss.

MAZZARESE T. 2008. *Eguaglianza, differenze e tutela dei diritti fondamentali. Nuove sfide e crisi dello stato costituzionale di diritto*, in CASADEI TH. (ed.), *Lessico delle discriminazioni. Tra società, diritto e istituzioni*, Reggio Emilia, Diabasis, 2008, 207 ss.

MAZZARESE T. 2010a. *Ancora su ragionamento giudiziale e diritti fondamentali. Spunti per una posizione "politicamente scorretta"*, in «Ragion pratica», 35, 2010, 509 ss.

MAZZARESE T. 2010b. *Nuove sfide e tentativi di delegittimazione. Un'introduzione*, in MAZZARESE T., PAROLARI P. (eds.), *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*, Torino, Giappichelli, 2010, 1 ss.

MAZZARESE T. 2012. *Diritti fondamentali*, in POMARICI U. (ed.), *Atlante di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, vol. I, 2012, 179 ss.

MAZZARESE T. 2013. *Diritto, diritti, pluralismo culturale. Un'introduzione*. in ID. (ed.), *Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali*, Torino, Giappichelli, 2013, 1 ss.

MAZZARESE T. 2014. *El derecho a ser diversos en las sociedades multiculturales*, in DOUGLAS PRICE J., DUQUELSKY D. (eds.), *XXVII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social. Multiculturalismo, Interculturalidad y Derecho*, Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2014, 3 ss.

MAZZARESE T., PAROLARI P. (eds.) 2010. *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*, Torino, Giappichelli, 2010.

MORRONE A., VULPIANI P. (eds.) 2004. *Corpi e simboli. Immigrazione, sessualità e mutilazioni genitali femminili in Europa*, Roma, Armando Editore, 2004.

MORSKIN J. 1999. *The Universal Declaration of Human Rights. Origins, Drafting and Intent*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1999.

NUSSBAUM M. 2007. *Lo scontro dentro le civiltà*, Bologna, il Mulino, 2009 (ed. or. *The Clash Within: Democracy, Religious Violence, and India's Future*, Harvard, Harvard University Press, 2007, trad. it. di R. Falcioni).

OBERTO G. 2013. *La tutela dei diritti fondamentali nelle carte costituzionali, ovvero del difficile dialogo tra carte e corti*, in «Il diritto di famiglia e delle persone», 42, 1, 2013, 173 ss.

PARIOTTI E. 2009. "Soft law" *e ordine giuridico ultra-statuale tra* "rule of law" *e democrazia*, in «Ragion pratica», 32, 2009, 87 ss.

PARIOTTI E. 2011. *Normatività giuridica e governance nelle tecnologie emergenti*, in GUERRA G., MURATORIO A., PARIOTTI E. PICCINNI M., RUGGIU D. (eds.), *Forme di responsabilità, regolazione e nanotecnologie*, Bologna, il Mulino, 2011, 509 ss.

PAROLARI P. 2008. *Reati culturalmente motivati. Una nuova sfida del multiculturalismo ai diritti fondamentali*, in «Ragion Pratica», 31, 2008, 529 ss.

PAROLARI P. 2010. *Nota informativa*, in MAZZARESE T., PAROLARI P. (eds.), *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*, Torino, Giappichelli, 2010, 178.

PAROLARI P. 2013. *Diritti fondamentali: prospettive transculturali e percorsi interculturali*, in MAZZARESE T. (ed.), *Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali*, Torino, Giappichelli, 2013, 217 ss.

PAROLARI P. 2014. *Identità, transdifferenza, intersezionalità: (con)vivere da eguali nella diversità*, in «Rivista di filosofia del diritto», 3 , 2, 2014, 471 ss.

PAROLARI P. 2016. *Culture, diritto, diritti. Diversità culturale e diritti fondamentali negli stati costituzionali di diritto*, Torino, Giappichelli, 2016.

PAROLARI P. 2017. *Tutela giudiziale dei diritti fondamentali nel contesto europeo: i rapporti tra le fonti nel "dialogo" tra le corti*, in «Diritto & questioni pubbliche», 17, 1, 2017, 31-58.

PASTORE B. 2006. *Multiculturalismo e processo penale*, in «Cassazione penale», 46, 9, 2006, 3030 ss.

PASTORE B. 2014. *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 2014.

PASTORE B. 2017. *Sul disordine delle fonti del diritto (inter)nazionale*, in «Diritto & questioni pubbliche», 17, 1, 2017, 13-30.

PECES-BARBA G. 1991. *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 1993. (ed. or. *Curso de Derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, EUDEMA, 1991).

PISANÒ A. 2011. *I diritti umani come fenomeno cosmopolita. Internazionalizzazione, regionalizzazione, specificazione*, Milano, Giuffrè.

REMOTTI, F. 2008. *Contro natura. Una lettera al Papa*, Roma-Bari, Laterza, 2008.

RENTELN DUNDES A. 2004. *The Cultural Defense*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

RENTELN DUNDES A. 2010. *The Cultural Defense Challenging the Monocultural Paradigm*, in FLOBETS M.-C., GAUDREAU-DESBIENS, J.-F., RENTELN DUNDES D. (eds.), *Cultural Diversity and the Law: State Responses from Around the World*, Brussels, Bruylant, 2010, 791 ss.

RODOTÀ S. 1992. *Repertorio di fine secolo*, 2 ed., Roma-Bari, Laterza, 1999.

RODOTÀ S. 2006. *La vita e le regole. Fra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli, 2006.

RODOTÀ S. 2007. *Nuovi soggetti, nuovi diritti, nuovi conflitti*, in PIZZETTI F.G., ROSTI M. (eds.), *Soggetti, diritti, conflitti: Percorsi di ridefinizione*, Milano, Giuffrè, 2007, 7 ss.

RODOTÀ, S. 2011. *Beni comuni e categorie giuridiche. Una rivisitazione necessaria*, in «Questione giustizia», 5, 2011, 237 ss.

RODOTÀ S. 2012. *Il diritto ad avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

RUGGERI A. 2002. *Prospettive metodiche di ricostruzione del sistema delle fonti e Carte internazionali dei diritti, tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in «Ragion pratica», 18, 2002, 63 ss.

RUGGERI A. 2008. *I diritti fondamentali tra carte internazionali e costituzione (Dalla forza delle fonti alle ragioni dell'interpretazione*, in VOGLIOTTI M. (ed.), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, Giappichelli, 2008, 146 ss.

RUGGERI A. 2014a. *Famiglie, genitori e figli, attraverso il "dialogo" tra Corti Europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?* Disponibile in http://www.giurcost.org/studi/ruggeri35.pdf (consultato il 16 febbraio 2015).

RUGGERI A. 2014b. *Sei tesi in tema di diritti fondamentali e della loro tutela attraverso il "dialogo"tra Corti europee e Corti nazionali*, in «Federalismi.it», 18, 2014, 1 ss.

RUGGERI A. 2016. *Giurisdizione e diritti. Un rapporto complesso, ad oggi largamente inesplorato e bisognoso della sua opportuna chiarificazione*, in «Consulta online», 2016 3, 349 ss.

SEN A. 2006. *Identità e violenza*, Roma-Bari, Laterza, 2006 (ed. or. *Identity and Violence. The Illusion of Destiny*, New York, W.W. Norton & Company 2006, trad. it di F. Galimberti).

SILVESTRI G. 1996. *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in «Rivista di diritto costituzionale», 1, 1996, 3 ss.

SOMMA A. 2008. Soft law sed law. *Diritto morbido e neocorporativismo nella costruzione dell'Europa dei mercati e nella distruzione dell'Europa dei diritti*, in «Rivista critica del diritto privato», 26, 3, 2008, 437 ss.

SOMMA A. (ed.) 2009. Soft law e hard law *nelle società postmoderne*, Torino, Giappichelli, 2009.

TEUBNER G. 2005. *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, Armando editore, 2005.

TODOROV T. 2008. *La paura dei barbari. Oltre lo scontro delle civiltà*, Garzanti, 2009 (ed. or. *La Peur des barbares*, Paris, Éditions Robert Laffont, 2008, trad. it. di E. Lana).

VIGANÒ F. 2011. *Fonti europee e ordinamento italiano*, in VIGANO F., MAZZA O. (eds.), *Europa e diritto penale*, numero monografico di «Diritto penale e processo», 8, 2011, 4 ss.

VILLANI U. 2002. *La tutela internazionale dei diritti umani*, in MAZZARESE T. (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002, 207 ss.

ZEITZEN M.K. 2008. *Polygamy: a Cross-Cultural Analysis*, Oxford-New York, Berg, 2008.

ZUMBANSEN P. 2006. *Transnational Law*, in SMITS J.M. (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 2006.

MONOGRAFICA **/ 2**

INSTITUTIONS, SYMBOLIC NETWORKS AND THE TRANSINDIVIDUAL CROSSING PERSPECTIVES

A CURA DI FRANCESCO **LA MANTIA**
E GIORGIO **MANIACI**

INSTITUTIONS, SYMBOLIC NETWORKS AND THE TRANSINDIVIDUAL CROSSING PERSPECTIVES.

AN INTRODUCTION

FRANCESCO **LA MANTIA**

GIORGIO **MANIACI**

&dq

Institutions, Symbolic Networks and the Transindividual Crossing Perspectives. An Introduction

FRANCESCO LA MANTIA

Researcher in Philosophy of Language, Università di Palermo
Email: francesco.lamantia28@unipa.it

GIORGIO MANIACI

Associate Professor in Philosophy of Law, Università di Palermo
Email: giorgio.maniaci@unipa.it

DIRITTO & QUESTIONI PUBBLICHE | XVII, 2017 / 1 (giugno) | pp. 141-145

© 2017, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
Tutti i diritti sono riservati.

Institutions, Symbolic Networks and the Transindividual Crossing Perspectives. An Introduction

FRANCESCO LA MANTIA

GIORGIO MANIACI

1. *Theoretical framework* – 2. *First topic: autonomy and heteronomy in Greek anthropology* – 3. *Second topic: institutions and semiotic imagination* – 4. *Conclusions.*

1. *Theoretical framework*

Institutions are a much debated topic in many research fields: from law to social ontology, from anthropology to psychoanalysis, from philosophy of language to semiotics and linguistics. A consequence of this multidisciplinary interest has been a proliferation of terms and locutions as well as a large body of literature. So, in recent years, specific expressions have been coined and popularized in order to denote certain ideas on which most contemporary debates are centered. In particular, scholars from different theoretical perspectives have used a stratified lexicon, i.e. a wide variety of heterogeneous and interconnected forms. For example: a) "subject of institutions" – with special reference to the nature of the *social bind*, conceived as interdependence between complementary roles (cfr. at least DESCOMBES 1996, 2001, 2004); b) "symbolic network" – with special reference to the peculiar modes of existence of institutions, conceived as *normative entities* which are impossible outside of correspondences between signifiers and signifieds (cfr. at least CASTORIADIS 1975, 1977, 1978, 1996, 1997, 1999); c) "transindividual" – with special reference to the *relational common grounds* of institutions, conceived as *social tools* which mediate between individuals and a collectivity (cfr. at least GOLDMAN 1979; SIMONDON 2005; BALIBAR, MORFINO 2014). In short, these are some of the principal research topics examined in the context of such studies.

2. *First topic: autonomy and heteronomy in Greek anthropology*

The aim of this section of «Diritto&Questioni Pubbliche» is to investigate the nexus between such theoretical topics by addressing two key-issues: 1) the differences between Autonomy and Heteronomy in the context of human practices and experiences; 2) the relationship between the concepts of

"Institution" and "Semiotic Imagination". In his paper, Jeff Klooger offers a detailed analysis of the «self-creating nature of humanity and the project of autonomy» by focusing on a pivotal moment in Castoriadis' analysis of Greek anthropology: the comparison between the «Aeschylean Anthropogony and Sophochlean Self-Creation of *Anthropos*». According to the French philosopher, the Aeschylean idea that human skills are a gift from the god Prometheus is undermined by the vision of human beings expressed in the Sophoclean *Antigone* as "inventors" of their own skills. Klooger criticizes Castoriadis' approach and argues by that «Castoriadis' argument risks obscuring the difference between the unknowing self-creation most prevalent through human history and the knowing and deliberate self-institution of autonomy».

3. *Second topic: institutions and semiotic imagination*

The second question of this special issue is concerned with the relationship between «the concept of *institution*» and «the role of *semiotic imagination*». The existence of a deep link between such concepts is argued for in Antonino Bondì's paper. The author explores the meaning and the extent of this link by taking into account possible points of contact between some theoretical propositions of the Merleau-Ponty's phenomenology and some insights of the Castoriadis' theory of social imaginary. Bondì defines institutions as «a social imaginary creation, where the body of the individual subject, with its potential of semantic meaning, is» a creative device. Bondì substantiates this definition by referring to Descombes' theory of institution, according to which institutions – more specifically, *semiotic* institutions – mediate between the participation of the individual in the «community life and the set of material and immaterial rules and roles» through which cultural perception and symbolic forms are binded to each other.

4. *Conclusions*

In conclusion, the two essays give, from different points of view, a valuable account of a set of theoretical questions that are at the centre of one of the more fascinating philosophical debates on the nature of institutions and human forms of life. We hope that the readers will find these articles useful and informative.

References

BALIBAR E. 2011. *Spinoza et la politique*, P.U.F, Paris, 2011.

BALIBAR E., MORFINO V. (eds.) 2014. *Il transindividuale. Soggetti, mutazioni, relazioni*, Milano, Mimesis, 2014.

BARDIN A. 2015. *Epistemology and political philosophy in G. Simondon*, Amsterdam, Springer-Verlag, 2015.

CASTORIADIS, C. 1975-1999. *Les Carrefours du labyrinthe*, 6 Tomes, Paris, Éditions du Seuil, 1975-1999.

DESCOMBES V. 1995. *La Denréementale*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1995.

DESCOMBES V. 1996. *Les Institutions du sens*, Les Éditions de Minuit, Paris, 1996.

DESCOMBES V. 2004. *Le Complément du sujet*, Paris, Gallimard, 2004.

GOLDMAN L. 1979. *Recherchesdialectiques*, Paris, Gallimard, 1979.

LENNON K. 2015. *Imagination and imaginary*, London, Routlege, 2015.

SIMONDON G. 2005. *L'Individuation*, Paris, Millon, 2005.

VISETTI Y.M., PIOTROWSKI D. 2015. *Expression diacritique et sémiogènese*, in «Metodo», 3, 1, 2015, 63 ff.

LINGUISTIC PRAXIS AS INSTITUTION AND INDIVIDUATION BETWEEN SEMIOTIC IMAGINATION, NORMATIVE SCHEMES AND STYLES

ANTONINO **BONDÌ**

&dq

Linguistic Praxis as Institution and Individuation Between Semiotic Imagination, Normative Schemes and Styles

ANTONINO BONDÌ

CNRS/ICAR-Ecole Normale Superieure de Lyon
Email: antonino.bondi@ens-lyon.fr

ABSTRACT
In this article we will dwell upon the relation between linguistic praxis and normative schemes with a particular focus on the concept of *institution* and on the role of *semiotic imagination*. We consider the importance of the theoretical link between *the individual moments* of *actual use* of language and the *organizational frames* in which they are inscribed. The theoretical framework is a *semiotic anthropology*. One of the most central issues for semiotic anthropology consists in understanding the nature of subjective experience as *perception* and *praxis* in its deep relation with the degrees of normativity at work in semiotic perception. We will propose a comparison between the gestural model of language praxis in Merleau-Ponty's perspective and the theory of the social imaginary of the philosopher Cornelius Castoriadis. The institution is revealed as a social imaginary creation, where the body of the individual subject, with its potential of semantic meaning, is the centre of creation device. Thus, following Descombes's interpretation, the semiotic institutions have to be considered as dynamic devices which act as an intermediary between singular participation in community life and the set of material and immaterial rules and roles binding cultural perception and symbolic forms.

KEYWORDS
Linguistic institution, imaginary, semiogenesis, semiotic anthropology, phenomenology

DIRITTO & QUESTIONI PUBBLICHE | XVII, 2017 / 1 (giugno) | pp. 147-165

© 2017, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
Tutti i diritti sono riservati.

Linguistic Praxis as Institution and Individuation Between Semiotic Imagination, Normative Schemes and Styles

ANTONINO BONDÌ

1. *Introduction: the semiogenetic cycle of semiotic forms and speech acts* – 2. *Expression and institution in semiolinguistic praxis* – 2.1. *The speaking subject between expression and institution* – 2.2. *Merleau-Ponty: expression, institution and history* – 2.3. *The linguistic gesture and the "figures of body"* – 3. *Beyond a gestural model of language: sociality and cultural imagination* – 4. *The radical imaginary between institution and subjectivation*.

1. *Introduction: the semiogenetic cycle of semiotic forms and speech acts*

The relationship between the concepts of *institution* and *speech* has always been a central issue in humanities, and mostly in semiotics and language sciences. More specifically, semiotic investigations on social interactions have increasingly highlighted the importance of the theoretical link between *the individual moments* of *actual use* of language and the *organizational frames* in which they are inscribed. These inquiries support therefore the necessity to understand meaning as constitutively Janus-faced, arguing for a theory able to connect the singularity of each *phenomenon* of speech – conceived as *advent of meaning* – to the realm of modalities and conditions of its *transmission* as regimes of *duration* and *survival*. On the one hand, semiosis is then always conceived as *embodied within* and *emerging for* a subject. According to this premise, from a semiotic point of view it is possible to analyze a cultural phenomenon only providing the modalities by which every *object* participating of its constitution becomes meaningful *for* and *in* the subject's experience. Still, it is important to point out that this process of meaning attribution is necessarily rooted in the complex network that lies beyond a cultural phenomenon itself. Indeed, the analysis must also take in charge of the role that (i) the variety of plans of sensible manifestation, (ii) the devices of anthropological and technical mediation and (iii) the identity-making and narrative frames play in the process of construction of meaning as construction of meaningful *forms*. For this reason, semiotics and philosophy of language have focused on the *forces* animating these forms as well as on the *intensities* detected and captured in heterogeneous constructions and formal arrangements[1]. This

[1] DELEUZE, GUATTARI 1980, VIVEIROS DE CASTRO 2009.

perspective has also important consequences on the way the concept of *sign* has to be understood. All that *makes sign* cannot be conceived as an *a priori* defined object. On the contrary, it reveals itself as something inextricably involved in a process of expansion and contraction of forms. These forms depend on the circulating or stored sociosemiotic values but they are subjected to virtual values as well, where the latter can be seen at work in times of *rupture*, of *innovation* and in creative processes or, more generally, in every dynamics of invention and innovation. What is more, the involvement *in* and *of* meaning that affects subjects in their social practices and semiotic productions deploys itself within two epistemic and epistemological regimes, as already suggested by Louis Jorge Prieto[2]. According to the Argentine semiotician, the relations between subjects and cultural objects are regulated by the coexisting regimes of *practice* and of *relevance*. If the former shows the wide horizon of the possible uses of the object, the latter delimits the extent of performed actions applying to it selective criteria of *significance for* and *in* a given context. On the other hand, any semiotic form exists *in* and *thanks to* a complex interplay which is originally social, i.e. always inherited, semiotised, normed and more or less stabilized. This means that every semiotic form is bound by several frameworks of apprehension/perception, apprenticeship, instruction, imitation, *mythisation* and *reprise*. If we take seriously the idea that both semiosis and perception are natively social phenomena of meaning constructions, we have to go beyond a certain phenomenological framework. In fact, some approaches inherited from a certain husserlian reception consider the intersubjective dimension as the only origin for all semiotic and social experiences. From these perspectives, intersubjectivity itself depends only on symmetrical or dissymmetrical relations between the subjects within a *neutral* space, a space of mere co-presence and co-action among the bodies.

For this reason, we have previously introduced the notion of *semiotic perception*: a perception that is immediately *expressive* and *praxeological*, crossed by heterogeneous forces of constitution, differentiation and dynamic stabilization[3]. These forces convoke heterogeneous registers and modalities (fictional, praxeological, social and technological as well). By taking the hypothesis of a cultural perception seriously, we can state that each perceived form is always constrained by its modes of apprehension and not only by those of its production. According to Merleau-Ponty, all that we perceive is the manifestation of a style of being: «what is perceived is always perceived as an expression of a certain practical disposition» (ROSENTHAL, VISETTI 2006, 113). Perception is expressive because it is semiotic and linguistic; then, the being-in-the-world that we referred

[2] PRIETO 1975. Cfr. CITTON 2010.
[3] ROSENTHAL, VISETTI 2010; BONDI 2012; BONDI 2015.

to is from the very beginning also a being-for-language, rooted in an expressive and semiolinguistic perceptive structure. Thanks to these premises, we are able to propose a *semiotic anthropology* perspective. This field of study considers symbolic, linguistic, practical or technical forms and activities and it is modeled as a symbolic economy of complex systems, where agents and transactions assign and transmit roles and values conditioning the interactions. This means that «human social phenomena do not emerge from interactions between individuals whose aims and modes of action are pre-programmed» (LASSÈGUE, ROSENTHAL, VISETTI 2009, 24). On the contrary, this approach places itself in the critical heritage of anthropology and structural linguistics: it proposes to think about the *destiny* of a sign as the result of the interplay of both fictional and practical registers, while its meaning is determined in the differential association to other signs and in the *translation* to other sets of signs. One of the most central issues for semiotic anthropology consists therefore in understanding the nature of subjective experience as *perception* and *praxis* in its deep relation with the degrees of normativity at work in semiotic perception[4]. In this article we will dwell upon this relation with a particular focus on the concept of *institution* and on the role of *semiotic imagination*.

2. *Expression and institution in semiolinguistic praxis*

From the previously sketched point of view, all subjective experiences are natively semiotic. Hence, forms and values – which are the objects of the semiotic mediation of experience – are indissociable. For this reason, we advocate an examination of existence and genesis of forms and values within the social transactions in which they emerge, develop and transform. In this way, semiotic anthropology allows us to escape the dilemma raised by the British anthropologist Tim Ingold[5] concerning the difficult cohabitation between a pure phenomenology of experience and the ecology of the real. In fact, semiotic anthropology aims to detect new regimes of explanation to clarify the complex relations between bodies, subjective experience and sociality of meaning.

2.1 *The speaking subject between expression and institution*

In order to examine in depth the role of the institution in the constitution of experience, the investigation on the *speaking subject* is required. Traditionally, the

[4] DOYON, BRYER 2015.
[5] INGOLD 2013.

theme of institutions is covered by studies on social relations. Moreover, the opposition between individual actions and collective systems of representations and social behavior has permeated the epistemological history of the human and social sciences[6] – even if this opposition has never been truly discussed at a theoretical level. It seems that the investigations on institution as constitutive dimension of human sociality does not find the need to take account of subjectivity and singularity and its contingency[7]. Consequently, the theme of *speaking subject* in its relation with the institution has remained unfulfilled in several domains – language sciences, sociolinguistics, institutional analysis in pragmatics, enunciative theory and studies on performativity, among the others. More generally, the lack of a critical and deep discussion on this issue finds its reason in the idea of institution as an invariable phenomenon, which has nothing to do with the ordinary experience. According to this, the sensible experience of the subjects does not constitute a relevant point to be discussed in relation to institutional dynamics. On the contrary, in her recent book on the nature of institutional change, Virginie Tournay[8] has argued that the institution cannot be thought of as an invariable object: its form emerges thanks to those who realize it, that is in the relationships between *instituting* and *instituted* subjects. Analogously to Tournay's reflections, we insist on an idea of institution as a relational complex that can never be gathered in its entirety: an anthropological reality in which the individual perception of the changing form is a constitutive part of the institution's transformation movement. It is thus important to go back on the constitution and the nature of the subject, and especially of the speaking subject. This need is firstly motivated by the nature of language itself: in the wake of Saussure's lesson, we consider language as «a social institution with no analogues, a negotiated settlement but not perpetually lived in the conditions of its use/transmission, which precedes and enables any individual negotiations (and therefore other institutions)» (GAMBARARA 2005, 180). In this framework, language plays a fundamental role: not more conceived as anthropogenic intra-psychic dimension, it governs every relation between subjects as both social and natural beings. In addition, it is precisely the act of *speech* – or enunciation, as an *essentially human* action – which puts the speaking subject in a central position among different forces[9]. Indeed, the speaking subject lives in a state of permanent tension between languages, established knowledge and the unpredictability of individual improvisation; at the same time, he imposes limits and constraints to the expressive freedom. In this framework, it is clear how the exploration of the

6 Cfr. BOURDIEU 1982; 1994; DESCOMBES 2004; KARSENTI 2013.
7 ŽIZEK 2000.
8 TOURNAY 2014.
9 Cfr. COQUET 2007; BONDI 2012.

role of the speaking subject represents an urgent research topic, in opposition to what it has been tacitly affirmed by several sociological theories of institution.

2.2 *Merleau-Ponty: expression, institution and history*

For the same reasons we have pointed out in the previous paragraph, Vincent Descombes underlined the theoretical need to think about the nature of the *subject of the institutions* as a key dimension of the institutional device (DESCOMBES 1996). As Descombes affirms, there are institutions that are inherently social, and that is the case of the institutions of meaning. This means that they are constantly nourished by the individual subject's freedom of action as *agent* of (social) transition among individuals:

> «The institutions of meaning are social institutions in their origin (as are all institutions) and in their field of application. They regulate relations between particulars; they do not regulate relations between individuals. By definition, there are no intersubjective institutions, only conventions. An individual may think about others in deciding his own behavior. But if he wants to communicate his thinking to anyone, he must accomplish a speech act, and doing that entails the establishment of a social relation of interlocution» (DESCOMBES 1996, 308).

In other words, the institutions of meaning are intrinsically social because individual's behaviors and actions conform themselves to a disciplined conduct that does not depend on his options, choices and desires. At the same time, however, this kind of institution does not regulate the life of the individual, or his options, choices and desires. The institution regulates continuously the transition among subjects, as in the case of the social space of interlocution. We have already discussed (BONDI 2013) the model of the dyadic subject of the institutions of meaning proposed by Descombes. We will focus here on the centrality accorded to the dialectic between *body* and *institution*, between the material, symbolic and imaginary singularity of my being in the world and the network of rules and habits that regulate my relations with the world and the others, which we propose to understand as the subject's personal, collective and social *history*. The same dialectic characterizes the phenomenon of *expression* and the *expressiveness of experience*. We will present these concepts through the *phenomenology of speech* elaborated by Maurice Merleau-Ponty. As an attentive reader of Saussure's *Course of General Linguistics*, Merleau-Ponty conceives the phenomenological description of language as a *return to the speaking subject* without moving toward subjectivist or intentionalist accounts and, on the contrary, maintaining a dialectical relation with the "objective sciences of language". On the background of this phenomenology of speech lies the notion of *expression*.

> «The reason why the thematization of the signified does not precede speech is that it is the result of it. [...] For the speaking subject, to express is to become aware of; he does not express just for others, but also to know himself what he intends» (MERLEAU-PONTY 1960, 90).

As suggested by Victor Rosenthal and Yves-Marie Visetti[10], the *expression* can be understood in terms of *imminence of language*, as its perpetual movement admits to think about it only as locally, and never totally, available. As pointed by the authors, the consequences for linguistic studies are remarkable. In fact, *the phenomenology of speech* implies *a linguistics of speech*, for which for language becomes possible to be glimpsed only in the effective act of speaking. Taking account of the peculiarity of the speaking subject standpoint *in* and *on* his actual use of language means also to reinterpret the saussurean concept of *synchrony*, so much that we can affirm that in Merleu-Ponty's perspective synchrony can be replaced with the idea of a *thick present*. More specifically, this *gestural model* of language, a model that compares speech to gesture, has important repercussions on the theme of linguistic institution. If the linguistic heritage is always present in the exercise of speech as a floating Gestalt, even the actuality of each act of speaking is not detachable from a steady act of recovery (*reprise*), which gives us «the illusion that its contents were already present in the already available significations» (MERLEAU-PONTY 1945, 110). In this way, every linguistic or expressive gesture is not just a replica of something already available, inherited and transmitted, but it has to be conceived as a constant infusion of new life, as a continuous process of resemantization. As written in *The prose of the world*, linguistic elements are not a finite number of tools but a way of modulating «an inexhaustible power to differentiate a linguistic gesture by another» (MERLEAU-PONTY 1969, 47). Merleau-Ponty's theory of expressive gesture shows his interest (and its limitations) in its impact on the institutional character of the *langue*. The *langue* is a principle of distinction and continuous differentiation. It is a moving institution not only because it can only be glimpsed as a *trace* in the exercise of *speech*, but also because it is subject to the transformational movement of recovery and repetition, which are the two instituting operations of the *prise de parole*.

> «It might be said, restating a celebrated distinction, that languages or constituted systems of vocabulary and syntax, empirically existing "means of expression", are both the repository and residue of acts of speech, in which unformulated significance not only finds the means of being conveyed outwardly, but moreover acquires existence for itself, and is genuinely created as significance. Or again one might draw a distinction between a speaking word and a spoken word. The former is the one in which the significant intention is at the stage of

[10] ROSENTHAL, VISETTI 2010.

> coming into being. Here existence is polarized into a certain "significance" which cannot be defined in terms of any natural object. It is somewhere at a point beyond being that it aims to catch up with itself again, and that is why it creates speech as an empirical support for its own not-being. Speech is the surplus of our existence over natural being. But the act of expression constitutes a linguistic world and a cultural world, and allows that to fall back into being which was striving to outstrip it. Hence the spoken word, which enjoys available significances as one might enjoy an acquired fortune. From these gains other acts of authentic expression – the writer's, artist's or philosopher's – are made possible. This ever-recreated opening in the plenitude of being is what conditions the child's first use of speech and the language of the writer, as it does the construction of the word and that of concepts. Such is the function which we intuit through language, which reiterates itself, which is its own foundation, or which, like a wave, gathers and poises itself to hurtle beyond its own limits» (MERLEAU-PONTY 1945, 229).

In this passage of the *Phenomenology of Perception*, we can observe how the *expressive power* is characterized as something that we gradually acquire. The language does not rely on stable identities, but on a *bodily and expressive knowledge*, a *habitus* with systemic vocation. Rosenthal and Visetti have insisted on the paradoxical nature of this elaboration. On the one hand, the act of speaking totally relies upon repetition. On the other hand, it is repetition itself that allows the speaking subjects to innovate language. How to account for the paradoxical feature of the dynamics described by Merleau-Ponty? We will return on the distinction between *speaking word* (*parole parlante*) and *spoken word* (*parole parlée*) that will lead our discussion in an interesting direction.

2.3 *The linguistic gesture and the "figures of body"*

The notion of *recovery* is not identical with that of *reply* and neither, from a linguistic point of view, with the idea of a given type instantiation. It should rather be understood as the recognition, creation and sensitive modulation of linguistic virtualities. Through the recovery, the expression installs a linguistic and semiotic form as a thing perceived and accessible to all in nature and in the world of perception: «[t]he word and speech must somehow cease to be a way of designating things or thoughts, and become the presence of that thought in the phenomenal world, and, moreover, not its clothing but its token or its body» (MERLEAU-PONTY 2011, 211).

These accessibility and perceptibility allow the fusion of *speaking word* and *spoken word* in the actual use of language:

> «the signification of signs derives initially from their configuration in current usage, from the style of human relations that emanate from them, and only the blind and involuntary

> logic of things perceived, totally suspended in our body's activity, could lead us to a glimps of the anonymous spirit which, in the heart of language, invents a new mode of expression» (MERLEAU-PONTY 1969, 37, translation mine).

Merleau-Ponty moves closer to certain forms of externalism in enhancing the expressive mediation, the corporeality of interactions and the necessary pragmatic dimension of the forms that always occur through the personal style of each speaker. There is not semiosis without a concrete plan of tangible manifestation. Therefore, expression is always bodily or quasi-bodily and «the expression ensures the subject to discover himself out of him, distantly from this "quasi-bodiliness", that demands him for a well-definite standpoint» (ROSENTHAL, VISETTI 2010, 40, traslation mine). Then, the expressive operation always corresponds to a definition of a standpoint:

> «[e]xpresses not only for others, it expresses in order to know for itself what it is aimed at. If speech wants to incarnate a meaningful intention which is only a certain emptiness, it is not only to recreate in others the same lack, the same privation, but also to know its lack and deprivation. Significant intention gives itself a body and knows itself by seeking an equivalent in the system of available meanings represented by the language I speak and the whole of the writings and culture of which I am the heir» (MERLEAU-PONTY 1960, 113, translation mine).

In *Phenomenology of Perception*, Merleau-Ponty is even more explicit. Here he posits that to say that language activities and the act of speaking define the subject's position towards meaning involves thinking about language as *the body of thinking*. From this it is possibly to conceive the speech *as a gesture*:

> «[t]he phonetic "gesture" brings about, both for the speaking subject and for his hearers, a certain structural co-ordination of experience, a certain modulation of existence, exactly as a pattern of my bodily behavior endows the objects around me with a certain significance both for me and for others» (MERLEAU-PONTY 1945, 225).

The linguistic and, more widely, expressive gesture does not coincide with a mere reiteration of a pre-assigned model. On the contrary, it works as a praxeological movement that actualizes linguistic forms. Somehow, the function of the linguistic gesture is equivalent to what Saussure called the *tourbillon sémiologique de la langue* (SAUSSURE 2002) (*language's semiological turbulence*), the revival of something in the semiological circuit as a social circuit that continuously assigns values. The stabilization of the latter is subjected to different collective sanction regimes, and firstly to its *institutionality*, that is its collective ratification. For this reason, for Merleau-Ponty the *prise of parole* is a permanent practice of "shaking

up" of the entire set of linguistic possibilities rather than a performance that uses the stored and available linguistic tools. It corresponds to the inscription of a *style* in the world, and thus implies perception regimes of evaluative nature. As remarked by Rosenthal and Visetti:

> «[t]he introduction of a "style in the world" is based on relevant examples of sophisticated semiotics, in which the role of codes and institutions is evident. But "style" has actually a universal vocation: everything points to a style of being – or better, if we take seriously the idea of a cultural perception, everything raises the issue of the stylistic registers in which it would be apprehended. To this resurgence of language as a gesture on its perceptive side, corresponds, in accordance with the figure of chiasmus, a movement which discovers all perception as expression. It can be understood first of all as a "descent" of culture into perception» (ROSENTHAL, VISETTI 2010, 42).

In other words, every perception carries with it the traces of a production by an *emblematic nucleus* from which the expression takes shape with its multiplicity of styles and registers. And if the body represents the material support of language, the movement of the expression reveals itself as a bodily standpoint in the world: then, according with Merleau-Ponty, it is the body itself that constitutes this "emblematic nucleus". At the same time, this bodily expression becomes actualized only under thematic forms: the body becomes then a proto-agent able to *leave traces in the wake of his passage*. It is not by chance that Jacques Fontanille attributes to Merleau-Ponty the authorship of the *semiotics of imprint*: the body is not only a moving expressive nucleus but also a syntactic figure subject to a continous modification and thematization activity (FONTANILLE 2004). It follows that the body represents at the same time the *theme* and the *figure* of its own expressive movement: constantly involved in various and complex discourses, it ensures the genetic continuity between culture and nature – a central theoretical concern in Merleau-Ponty's philosophy.

Expression then represents a central issue in the investigation on institution. Institutional power cannot take place out of the expressive experience. As we have illustrated, this is characterized by the dialectical intertwining of *cultural perception* and *bodily-expressive action*. Nevertheless, the perspective offered by Merleau-Ponty presents two problems. The first concerns the absence of an accurate reflection on sociability and normativity expression; the second regards the imaginary and social constitution of institutions' constitutive expression[11].

3. *Beyond a gestural model of language: sociality and cultural imagination*

[11] CARRON 2008.

The limits of the gesture-model of language have been deeply discussed by Vincent Descombes. More in detail, he insists on one problem concerning the dialectical relationships between *langue* and *parole* and between body and institution: the one emerging in relation to the dimension of the social *in the mind of each of us*. For Merleau-Ponty, the word is a gesture, a form of corporeal presence that participates in personal expression: neither object nor pure intention, but rhythm of forms, depending on various degrees of thematization, a transition between bodily presence and material trace. Despite that, it appears that Merleau-Ponty recognizes that the identity of the sign and of the linguistic gesture «can only be fully guaranteed by the gesture detaching itself entirely from the speaking body in order to become an endlessly transmissible text or the equivalent of one» (DESCOMBES 1996, 285). In this moment of detachment lies the objective mind (*un esprit objectif*): a cultural world given to perception in things. By that, Merleau-Ponty introduces an intermediary, which is an *objectified* mind. The objective mind, described as *the trace of the absent in the landscape*, overlaps the materiality of equipment and tools: as the latter, it remains after the disappearance of the actors who used them. Then, the objective mind lies not just outside of human beings, but *in their absence*:

> «[o]bjective mind, after having been introduced as the crystallized result of a human act – i.e., a subjective act that presents itself as the trace left behind in material things – now begins to look like an impersonal mind. This impersonal status of mind is engendered by the transition from the productive act to the product, from the operation to the result: a result that has *detached* itself» (DESCOMBES 1996, 287).

For Descombes, in this framework every cultural object is as a text and requests the need of a hermeneutical context in order to be understood as a human cultural production. It follows that «the mind that is present outside of individual consciousnesses is above all a practical mind, a mind that manifests itself in gestures and behaviors the traces of which can later be uncovered» (DESCOMBES 1996, 288). A plow, a house, a pipe, a bell, artifacts or monuments are perceived as traces or relics of another presence. The same trace is conceived here as the result of the action of other people, of their past presence and, finally, of their disappearance. This position can be considered acceptable in several cases. Let us consider, for example, the personal use of a tool. It requires a practical and intersubjective meaning that is possible to *reactivate* in the objectified trace carrying the living presence of other users. Confronted with a pipe, for example, I imagine myself smoking it. My imagination plays with the realm of my potential actions toward the object: «the entirety of this exercise of the imagination is an outline of the human reaction to a human object by someone who grasps its practical sense. To understand in this way is to rediscover the subject – the pipe smoker – behind the bit of objectified mind that

the pipe is» (DESCOMBES 1996, 288).

Nevertheless, this account shows its partiality faced to the distinction between *sociality* and *intersubjectivity*. A theoretical device that considers the "human intermediary object" in terms of an agreement between subjects cannot entirely explain human life. Descombes resorts to another example by Merleau-Ponty: the bell used to order something. In this case, a corporeal imagination – an imagination that is connected with a practical knowledge – is not enough. Another type of imagination is required: a *scenario* has to be imagined, in which there are not only an acting body and a bell involved in a set of recognized social actions but also a *master* ordering something ringing a bell and a *servant* who responds to it and executes the given instruction. This scenario adds to practical knowledge a specifically *social* feature:

> «[i]n order to understand this fragment of objectified mind, one must grasp the social relation that gives it its meaning. I imagine myself seated at a table and ringing for the maid, or I imagine myself waiting in the kitchen for the masters to give me the signal to bring the next dish. [...] What has to be imagined is a two-person scenario, which means that one must imagine the gestures to be accomplished by each of the two people. What one must imagine is thus not so much gestures as it is the complementary social statuses involved» (DESCOMBES 1996, 289).

Beyond practical knowledge and gestures, in perceiving an object like the bell it is necessary to imagine the scenarios and the social roles that it implies. Essentially, the dialectic between body and institution presupposes common roles and models that represent the condition – rather than the result – of every intersubjective adjustment. The social mind and its anthropogenetic manifestations – i.e. the institutions and among them especially language – are opposed to objectified mind: instead of being manifested through the trace of an absent presence, it claims at the outset the familiar presence of the social in the mind of each of us. If objectified mind just affirms that we live in a world that others inhabited before us, objective mind structures our familiar relationship with the world: «it is not the trace of absent people within our field of perception; it is the presence of the social in the mind of each of us» (DESCOMBES 1996, 294). This familiar relationship has not to be reached or interpreted: it is already *here*, present to ourselves, in my language as in my mind. This dialectic between body and institution concentrates on the external canvas modeling interactions among individuals and, at the same time, articulating the specific type of agentivity created within this dialectic. In this framework the notion of *institution* shows its importance, highlighting the metabolic structure between (subjective) expression and (intersubjective) trace. Even Merleau-Ponty moved in this theoretical direction, as testified by one of his course notes at Collège de France. From a

phenomenological point of view, by institution we shall intend those events

> «which endow the experience with durable dimensions, in relation to which a whole series of other experiences will make sense, will form a thinkable sequel or history – or again events which deposit a sense in me, not just as something surviving or as a residue, but as the call to follow [*un appel à une suite*], the demand of a future» (MERLEAU-PONTY 2003, 77, translation mine).

How can gestures make sense to other gestures, calling to follow and create history? Which is the device that constitutes linguistic institution as an anthropological institution marked by the dialectic between the dimensions of *body* and of *norms, meanings and cultural traces* at our disposal? From our point of view, Merleau-Ponty's model of the trace is not able to satisfy the need of continuity between these dimensions, even if he advocated for this in the course taught at the Collège de France. As we already pointed out, each instituted semiosis feeds itself with *presence* and *absence*. To account for the role of absence, in the next paragraph we will introduce a theory of imaginary and of semiotic imagination inspired by the thought of Cornelius Castoriadis. Thanks to this final brick,

> «we will better understand that identity and quality of things are not only made by sensible profiles but they immediately refer to a semiotic imaginary horizon: an horizon that involves individuals' participation to the semiotic life and their – otherwise inaccessible – quest of values» (ROSENTHAL, VISETTI 2010, 47, translation mine).

4. *The radical imaginary between institution and subjectivation*

In his work *The Imaginary Institution of Society*[12], Castoriadis aims to return on the concept of *imaginary* from a philosophical perspective. In fact, *imaginary* represents a useful tool to hold together: i) an ontology of socio-historical *creation*, based on a conception of the realm of symbolic as disposition and institutional (social and imaginary) creation as well; ii) an idea of *subject* as fundamental *source* of this creative fluctuation and as figural emblem of this movement at the same time. According to Castoriadis, imaginary recurs in history as «continued origin, always-actual foundation, central component in which both what holds every society together and what produces its historical change are generated» (CASTORIADIS 2007, 145, translation mine).

Castoriadis moves from a strongly critical point of view towards the sociological

[12] CASTORIADIS 1975.

and functionalist flavor of contemporary main anthropological theories. Rather than an answer to the social needs of individuals, he considers the symbolic dimension – and all socially instituted forms – the trace of a *creation* that allows language to become more than a code, and specifically a world-making device. The nature of symbolic contradicts anthropological functionalism: there is no symbolic institution in which each of the elements that compose it always fulfills a specific function. On the contrary, the realm of symbolic is characterized by a relative independence to both biological and social functionality. Then, how to explain the emergence of institution following this non-determinism, since human needs are not a sufficient criterion? Castoriadis answers to this questions with the introduction of the dual centrality of imaginary and subject. This point emerges in some reflections, now collected in *L'Imaginaire comme tel* (CASTORIADIS 2007), which should have constituted the first chapter of a never completed book, whose title should have been *The Imaginary Foundation of Socio-Historical*.

For Castoriadis, the social imaginary is the very genetic source of institutions. The need of this idea of imaginary is demanded by the constitution of symbolic, as each symbolization must presuppose an imaginative act. Radical imaginary can be considered as a special faculty of the human being, which enables him to add through an image something that is not given in perception. Effective imaginary and symbolic are then rooted in radical imaginary; the importance of the latter lies in the fact that it is required to confer meaning to institution but it cannot be reduced to the product of an individual or of a collective activity. This is the case of linguistic institution: it is not possible to consider it as the result of a rational and declared act by a single person or a plurality of individuals (supposing them to master a language and to reach an agreement). This formulation becomes even closer to Saussure's idea of the language as institution without analogue when Castoriadis affirms that imaginary function establishes through a *praxis communis* the meaningful expressive canvas of the *socio-imaginary meanings*. As Arnaud Tomès points out, far from being reducible to the activity of an individual or a community, the radical social imaginary lies at the very core of the action of what Castoriadis defines *anonymous collective*[13]. Radical imaginary coincides with this anonymous collective movement – which elsewhere[14] Castoriadis calls *magma* – that produces the *social imaginary meanings*. These assign places and values to the different factors that exist within a society. The imaginary social significations confer unity to the institutions: they direct the flow of the different semantic crystallizations, solidifications and fusions in a given historic moment. These significations are both imaginary and social for two reasons. On the one hand,

[13] Cfr. TOMÈS 2007.
[14] CASTORIADIS 1975. Cfr. CASTORIADIS 1978; 1986; 1990.

they exceed perceptual schemes – conceived as rational and real –; on the other hand, they are set *by creation*. This means that these significations are both social creations in permanent metamorphosis and, at the same time, the condition of the meaning transformations that influence institution. Furthermore, social imaginary meanings present two favorable features in comparison to the idea of the *trace* in the gesture-model of Merleau-Ponty: we will discuss them to sketch some final formulations to the theoretical itinerary of this article. First, for Castoriadis there is no perception without imagination: perceptual modalities of construction and circulation of a semiotic (or symbolic) object exceed its sensible profiles. Following this point, the semiotic unity of the object has to be attributed to the *socially imaginary* horizon that the dialectic between trace and *reprise* does not satisfy. The semiotic unity of the object is constitutively *social*: it is continuously governed and determined by a plurality of creative schemes. This unity is also constitutively *lived* by a historically concrete subject: it is informed by the relationship between *fantasmatization* and *self-constitution* (CASTORIADIS 1975, 493-497). From the point of view of Castoriadis, there is no distinction between real and imaginary: «the institution of society is in each case the institution of a magma of social imaginary significations, which we can and must call a world of significations» (CASTORIADIS 1975, 359).

> «The radical imaginary exists as social-historical and as psyche/soma. As social-historical, it is an open stream of the anonymous collective; as psyche/soma, it is representative/affective/intentional flux. That which in the social-historical is positing, creating, bringing-into-being, we call social imaginary in the primary sense of the term, or instituting society. That which in the psyche/soma is positing, creating, bringing-into-being for the psyche/soma, we call radical imagination. The social imaginary or instituting society exists in and through the positing-creating of social imaginary significations and of the institution; of the institution as the "presentification" of these significations, and of these significations as instituted. The radical imagination exists in and through the positing-creating of figures as the presentification of meaning and of meaning as always figured/represented. The institution of society by instituting society leans on the first natural stratum of the given – and is always found (down to an unfathomable point of origin) in a relation of reception/alteration with what had already been instituted. The position of meaningful figures or of figured meaning by radical imagination leans on the being-thus of the subject as a living being, and is always found (down to an unfathomable point of origin) in a relation of reception/alteration with what had already been represented by and for the psyche» (CASTORIADIS 1975, 369).

We will not examine the relationships between *psyche/soma* and imaginative activities, neither that between *society* and *imaginary*. We rather discuss the second favorable feature of this perspective over Merleau-Ponty's gesture-model. Castoriadis' thought allows us to conceive the institution as a modeling system

that ensures both the continuity of human and social actions and the unpredictability of imaginary creation's *magmatic* movements. Against the opposition between individual and social, Castoriadis shows us how each symbolic object is constitutively *trans-subjective*, since its imaginative nature enables it to overstep individual experience. At the same time, the symbolic object exists only through the *praxis of an imagining subject*: a subject socially constituted by the imaginative praxis. It follows that social imaginary meanings are not semantic elements of abstract nature that the subject passively acquires, but something emotionally felt and actively tested by them: further, social imaginary meanings allow this affection to be constantly produced. Finally, this *testing* dimension of magmatic, emotional, imaginary and socio-historical movement puts the subject's *participation* to the semiotic life at the center of the creative and institutional engine.

References

BONDÌ A. (ed.) 2012. *Percezione, semiosi e socialità del senso,* Milano, Mimesis, 2012.

BONDÌ A. 2013. *L'istituzione di senso fra soggetto parlante e socialità*, in «Blityri», II, 2013, 97 ff.

BONDÌ A. 2015. *Pour une anthropologie sémiotique et phénoménologique. Le sujet de la parole entre cognition sociale et valeus sémiolinguistiques*, in «Intellectica», 63, 2015, 125 ff.

BOURDIEU P. 1982. *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, Paris, Fayard, 1982.

BOURDIEU P. 1994. *Raisons pratiques*, Paris, Seuil, 1994.

CARRON G. 2008. *Imaginaire, symbolisme et réversibilité: une approche singulière de l'inconscient chez Merleau-Ponty*, in «Revue philosophique de la France et de l'étranger», 133, 2008, 443 ff.

CASTORIADIS C. 1975. *L'Institution imaginaire de la société*, Paris, Seuil, 1975.

CASTORIADIS C. 1978. *Les Carrefours du labyrinthe 1*, Paris, Seuil, 1978.

CASTORIADIS C. 1986. *Domaines de l'homme. Les carrefours du labyrinthe 2*, Paris, Seuil, 1986.

CASTORIADIS C. 1990. *Le Monde morcelé*, Paris, Seuil, 1990.

CASTORIADIS C. 2007. *L'imaginaire comme tel* (ed. by A. Tomès), Paris, Hermann, 2007.

CITTON Y. 2010. *L'Avenir des humanités,* Paris, La Découverte, 2010.

COQUET J.-C. 2007. *Phusis et logos. Une Phénoménologie du langage*, Paris, PUV, 2007.

DELEUZE G., GUATTARI F. 1980. *Mille Plateaux. Capitalisme et schizophrénie*, Paris, Minuit, 1980.

DESCOMBES V. 1996. *Les Institution du sens*, Paris, les Editions de Minuit, 1996.

DESCOMBES V. 2004. *Le Complément du sujet*, Paris, Gallimard, 2004.

DOYON M., BREYER T. (eds.) 2015. *Normativity in perception*, London, Palgrave Macmillan, 2015.

FONTANILLE J. 2004. *Figure del corpo. Per una semiotica dell'impronta*, Roma, Meltemi, 2004.

GAMBARARA D. 2005. *Mente pubblica e tempo storico. Per una lettura del terzo corso come teoria delle istituzioni sociali*, in «Forme di Vita», 4, 2005, 173 ff.

INGOLD T. 2013. *Marchers avec les dragons,* Bruxelles, Zones Sensibles, 2013.

KARSENTI B. 2013. *D'une philosophie à l'autre*, Paris, Gallimard, 2013.

LASSÈGUE J., ROSENTHAL V., VISETTI Y.-M. 2009. *Économie symbolique et phylogenèse du langage*, in «L'Homme», 192, 2009, 67 ff.

MERLEAU-PONTY M. 1945. *Phénoménologie de la perception,* Paris, Gallimard, 1945.

MERLEAU-PONTY M. 1960. *Signes*, Paris, Gallimard, 1960.

MERLEAU-PONTY M. 1969. *La Prose du monde*, Paris, Gallimard, 1969.

MERLEAU-PONTY M. 2003. *L'Institution. La passivité. Notes de cours au Collège de France (1954-1955)*, Paris, Belin, 2003.

MERLEAU-PONTY M. 2011. *Le Monde sensible et le monde de l'expression*, Genève, MetissPress, 2011.

PRIETO L.J. 1975. *Pertinence et pratique. Essai de sémiologie*, Paris, Minuit, 1975.

ROSENTHAL V., VISETTI Y.-M. 2006. *Les Contingences sensorimotrices de l'énaction*, in «Intellectica», 43, 2006, 105 ff.

ROSENTHAL V., VISETTI Y.-M. 2010. *Expression et sémiose pour une phénoménologie sémiotique*, in «Rue Descartes», 70, 2010, 24 ff.

SAUSSURE F. 2002. *Écrits de linguistique générale*, Paris, Gallimard, 2002.

TOMÈS A. 2007. *Introduction à la pensée de Castoriadis*, in CASTORIADIS C. 2007, *L'imaginaire comme tel* (ed. A. Tomès), Paris, Herman, 2007, 11-88.

VIVEIROS DE CASTRO E. 2009. *Métaphysiques cannibales. Lignes d'anthropologie post-structurale*, Paris, PUF, 2009.

TOURNAY V. 2014. *Penser le changement institutionnel,* Paris, Puf, 2014.

ŽIZEK S. 2000. *The Ticklish Subject. The Absent Centre of Political Ontology*, London, Verso, 2000.

IN WHICH WE FIND OURSELVES: THE OTHERNESS OF SELF AND THE TRUTH OF HETERONOMY

JEFF **KLOOGER**

&dq

In Which We Find Ourselves: The Otherness of Self and the Truth of Heteronomy

JEFF KLOOGER

Swinburne University of Technology, Department of Education and Social Sciences
Email: jeffklooger@optusnet.com.au

ABSTRACT
In his essay *Aeschylean Anthropogony and Sophoclean Self-Creation of* Anthropos Castoriadis contrasts the anthropogony presented in Aeschylus' *Prometheus Bound* with the portrayal of self-creating humanity in the choral ode of Sophocles' *Antigone*. Underlying Castoriadis's interest in Greek anthropology is his conviction that there is a necessary correlation between a recognition of the self-creating nature of humanity and the project of autonomy. If we develop the capacity to give ourselves our own laws this is only because we conceive of ourselves as beings who have always created ourselves, albeit it unknowingly. Autonomy consists in the transformation of unconscious and uncontrolled self-creation into conscious and deliberate self-determination. Though valid in itself, Castoriadis's argument risks obscuring the difference between the unknowing self-creation most prevalent throughout human history and the knowing and deliberate self-institution of autonomy. In seeking to unmask the Others to whom humanity ascribes what is in truth its own self-creation, Castoriadis neglects the residual truth in the concept of heteronomy. The difference between autonomy and heteronomy implies an internal alterity, at the social-historical as well as the psychical level. The psychical level has often been explored, the social-historical much less. This essay explores whether the very authors Castoriadis criticises – Aeschylus and Heidegger – might be useful in helping us begin to understand heteronomy better, and whether Sophocles might aid us in understanding heteronomy as well as self-creation.

KEYWORDS
Heteronomy, Self-Creation, Other, Castoriadis, Heidegger

© 2017, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo
Tutti i diritti sono riservati.

In Which We Find Ourselves: The Otherness of Self and the Truth of Heteronomy

JEFF KLOOGER

1. *Social Self-Creation and Heteronomy* – 2. *Human Self Conception and Greek Tragedy* – 3. *Democracy and the Perils of Irreverence* – 4. *The Other of Heteronomy: between Heidegger and Castoriadis* – 5. *Before and After Self-Creation: Discontinuity and the Transcendent Other* – 6. *Varieties of Otherness and Types of Heteronomy.*

1. *Societal Self-Creation and Heteronomy*

Society is a form of self-creation, Castoriadis argues (CASTORIADIS 1982a). This is a cornerstone of his thought. Because society is self-creating it can be, to a limited degree it sometimes has been, and it ought to become autonomous. But almost everywhere society is in fact heteronomous. How are we to reconcile these two theses: that society is self-creating – universally and essentially – and that it is almost always heteronomous? We can say that this heteronomy involves the positing of extra-social sources of society's institutions, Others, however conceived, who have created and who continue to rule society. We can also say that this myth of the extra-social creator/s coincides with a closure of society's institutions, that the positing of an extra-social source protects existing institutions against most challenges, in particular, precluding autonomy – for the extra-social source of society's institutions is posited as either inviolable or sacred, rendering autonomy impossible or evil.

But this is not the whole of the meaning of heteronomy. Behind the myths of the Other is an experience of otherness that is real and deeply felt. There are all sorts of others, of course. There are other individuals, other societies, and a world that, since it is not simply a projection of ourselves, is also other than ourselves. But there is also an otherness that is involved in the creation of social institutions. This otherness may not be as it is portrayed in our myths. It may be conceivable in a way that is consistent with social self-creation, but if so then the self at issue must encompass otherness, it must be plural in some way, because we know that some of the most important institutions we inherit were not creations of our own any way of which we were conscious, nor were they creations of those who preceded us. We know what it feels like to create something for and as ourselves, and we know that it feels entirely different to receive something which we did not consciously create. Castoriadis recognized the reality of this experience when he posited the concept of the *anonymous collective*, a dimension of the social-historical

that transcends any concrete collectivity, and from which emerge institutions, particularly those that are most fundamental (CASTORIADIS 1975, 369-373). As the term suggests, the anonymous collective is not *We*; it cannot be named or identified in specific terms. It is the magmatic, essentially indeterminate, continuously forming and transforming "substance" of social imaginary significations and signifying out of which each transient *We* emerges.

If Castoriadis recognized and briefly described this dimension of the anonymous collective – which we might identify tenuously as the social-historical counterpart of the Unconscious psyche – he did not explore it in detail. He spent more time exploring the Unconscious. Castoriadis was much more concerned to articulate the concept of social-historical self-creation, and to investigate its historical roots and its relationship to historical examples of autonomy, for the very good reason that promoting autonomy was his primary aim, and for this purpose understanding the antecedents and preconditions of autonomy is vital. But this does not mean that the social-historical other and the truth of heteronomy are unimportant questions. Indeed, these questions may prove vital to developing a viable conception of autonomy.

2. *Human Self-Conception and Greek Tragedy*

In his essay *Aeschylean Anthopogony and Sophoclean Self-Creation of* Anthropos, Castoriadis explores the development of a conception of humanity as self-creating in ancient Greece, specifically Athens, as exemplified in two tragedies by two of the greatest Athenian playwrights: Aeschylus' *Prometheus Bound* and Sophocles' *Antigone*. Castoriadis's argument is that over the roughly two decades between the writing and original performance of the two plays the experience of the burgeoning Athenian democracy was accompanied by a changed understanding of humanity, its nature and origins. As a result, the idea presented in Aeschylus' *Prometheus Bound* that all of humanity's skills were a gift from the god Prometheus was supplanted by the understanding of humanity exemplified in the choral ode of Sophocles' *Antigone* in which humanity is represented as inventor of its unparalleled skills. Castoriadis goes to some pains to stress that his argument is not about the attitudes of the two poets as individuals. Rather, he is suggesting that the portrayal of humanity's origins and nature in *Prometheus Bound*, which was acceptable in circa 460 BCE (the date Castoriadis gives for the work), would have seemed implausible and anachronistic in Athens of 443 or 442 BCE, when *Antigone* was performed. Castoriadis does not address the debate over the authorship of *Prometheus Bound*, which not only questions whether Aeschylus was its author, but the date of its writing, some estimating its date of composition to be later than that of *Antigone* (GRIFFITH 1977; WEST 1990; CONACHER 1980). The issue of the date is

obviously more crucial to Castoriadis's case than the authorship. Even Griffith, who doubts Aeschylus' authorship on stylistic grounds, admits certainty on the matter is unlikely (GRIFFITH 1977, 34). In view of this, what we can say is that Castoriadis's argument is plausible if not totally proven. Anachronistic literary works are produced, of course, and old-fashioned ideas persist and are welcomed by a limited audience, but the essential point that literary works in the main reflect the attitudes of those by and for whom they have been created remains valid.

Castoriadis's argument is that autonomy is only possible in conjunction with a self-understanding that accepts human self-creation as a reality, because it is only on the basis of recognizing this self-creation that autonomy can be grasped as a real possibility. The precise sequence of this development is open to question. What Castoriadis regards as an essential precondition of the Greek creation of democracy is an understanding of the undetermined nature of cosmic order and the freedom-introducing gulf between that order and the human realm (CASTORIADIS 1983a). A fuller recognition of human self-creation may be something that develops in response to the experience of democracy rather than as a precondition for its emergence. This is what his argument on the contrast between *Prometheus Bound* and *Antigone* suggests. The experience of Athenian democracy wrought a change in the Athenians' understanding of themselves as well as of humanity in general. We may quibble that humans are capable of acting in ways that contradict their own belief systems, by ignoring those contradictions, or by partitioning contradictory sets of beliefs into different action contexts. It is possible that some Athenians could have a belief in the divine creation of human capacities and still participate quite willingly and even wholeheartedly in the democracy. But what Castoriadis would dismiss is the suggestion that a political form such as democracy could emerge without a shift in the preponderant and socially effective ideas, those that motivated a significant proportion of the most influential and active people, and those that informed the structure and operation of the chief institutions.

If Castoriadis's case is convincing, where does this leave us in relation to the task of articulating the truth of heteronomy and clarifying the difference between heteronomous self-creation and autonomy? Castoriadis's single-minded pursuit of the cultural preconditions and corollaries of autonomy leads him to ignore or dismiss clues to such an understanding. Consequently, it is precisely within those things Castoriadis ignores or dismisses in his analysis that we should look for clues and insights. This includes the heteronomous portrayal of human creation presented in *Prometheus Bound*, as well as those parts of *Antigone* that Castoriadis chooses not to analyze, and even within the translation and interpretation of the choral ode from *Antigone* by Heidegger that Castoriadis, for good reasons, roundly criticizes. Within his tendentious translation, and his idiosyncratic and philosophically self-serving interpretation of Sophocles, Heidegger touches on truths about heteronomy that Castoriadis never adequately articulates.

Interestingly, exploring this potential within Heidegger will cause us to remark upon consonances between Heidegger and Castoriadis that are seldom recognized or discussed, but are worth exploring.

At this point, let us briefly review the passages in *Prometheus Bound* and *Antigone* upon which Castoriadis focuses in his discussion. In *Prometheus Bound*, Prometheus is being punished for disobeying Zeus and saving mortals, whom Zeus had decided to destroy. Not only does Prometheus save mortals, but he gives them the essential skills they need to raise themselves above a state that is not only lamentable, but, as Castoriadis points out, impossible to imagine as consistent with any form of survival (CASTORIADIS 1991, 5-10). Prometheus describes mortals as incapable of forming coherent thoughts, confusing things as though they were dream shapes, living in holes dug from the ground, incapable of writing, counting, recognizing the seasons or the heavenly bodies, building, hunting, farming, domesticating animals, weaving, and of course, making fire (Lines 441-471). In short, he says, I gave mortals all their skills (Lines 505 f.). Here is a picture of humans as having invented nothing at all for themselves, but having received everything as a gift from the gods – or from one god alone. Prior to this gift, not only are they less fortunate and weaker, they are impossibly helpless. They are like babies before they learn to speak. (This is how Castoriadis translates lines 443 f., which in Christopher Collard's English translation is replaced by the far less evocative, and presumably less literal, "they were silly" (AESCHYLUS 2009, 113).) Castoriadis remarks how this incredible picture of helpless humanity resembles the unsocialized psyche of the infant (CASTORIADIS 1991, 6). It is a vision of a humanity totally outside the institutions of society, and it shows that such a humanity is – to use Castoriadis's own phrase – radically unfit for life (CASTORIADIS 1982b, 311). The prehuman animal that became human was obviously not such a helpless creature, but in its transformation into the human things that are essential to animal survival are jettisoned, to be replaced by the institution. This fundamental truth about humanity is recognized, however dimly, in Aeschylus' anthropogony.

In the choral ode from *Antigone* Castoriadis finds an understanding of humanity that exemplifies the new awareness of human creativity and power in the burgeoning Athenian democracy. Here humanity is described through the word *deinos*, a word that may be untranslatable, but which Castoriadis renders by the string of terms: «stunningly forceful, powerful, provoking wonder and admiration, probably even a sense of strangeness», and also «terrifying, formidable, amazing, achievement-capable» (CASTORIADIS 1991, 15). What is said of humanity is not just that it is *deinon*, but that nothing is more *deinon* than humanity. *Deinos* defines *anthropos*, writes Castoriadis, and *anthropos* defines *deinos* (CASTORIADIS 1991, 15). Humanity is the epitome of the terrifying, formidable, etc. Not even the gods are more terrifying or formidable, Castoriadis remarks (CASTORIADIS 1991, 15). One critic, to whom we shall return, finds in this exclamation of Castoriadis an

expression of his own hubris (ABAFFY 2012). But behind this exclamation, whether there lies a sense of satisfaction and pride or not, there lies a question. Since the gods' power is so extraordinary, how can anyone declare that mortals are the most *deinon*? What explains this?

Castoriadis has an explanation, but in preparation for it let us explore the portrayal of humanity in the choral ode further. What are the achievements remarked upon there that make humans so *deinon*? Without recounting all of the ode, we can summarize as follows: humanity has developed skills and powers that allow it to master and, most importantly, to refashion even the most wild and terrifying aspects of the natural world; what is more, humans have *taught themselves* language and thinking and how to live together in cities. Other translators – Heidegger prominent amongst them – disagree with this translation of *edidaxato*. Some translate it as "learn" (SOPHOCLES 1947, 135). Heidegger translates it as «he found his way into», ridiculing the idea that humanity could have invented language or thought (HEIDEGGER 1953, 157 and 167). We will discuss this translation of Heidegger's later. But for Castoriadis the concept of autodidacticism is the essential meaning of the portrayal of humanity, and the translation is justified by grammatical factors alone (CASTORIADIS 1991, 16). In short, humans have made themselves what they are: that is what the chorus is telling us; that is why humans are so *deinon*. As Castoriadis explains, for all their power, not even the gods have made themselves what they are. What they are they cannot change: it is their ineluctable nature (CASTORIADIS 1991, 15-17). But humans can and have changed themselves, and continue to do so. The experience of the democracy had taught the Athenian audience, as it had taught Sophocles, the extent to which humans can change themselves and make themselves what they would. They extrapolated from this experience to conclude that this power to make themselves was the source of all human institutions and skills.

And so we have the contrast between the anthropogony of Aeschylus and the self-creating humanity of Sophocles. The reality of this contrast is not in itself questionable, if what it demonstrates about the Greeks or about democracy remains open for debate. The question we now wish to pose is how these visions of humanity relate to the conception of heteronomy and its contrast with autonomy. To that end we will begin by examining a critic of Castoriadis's interpretation, not so much to agree with this critic but to explore the implications and directions of some of the interesting questions she raises.

3. *Democracy and the Perils of Irreverence*

Abaffy's criticisms of Castoriadis are impassioned, sometimes to the point of descending into sarcasm and sneering contempt. They are not in the end

convincing, largely because they are not informed by a sufficiently thorough understanding of Castoriadis's thought. Abaffy misinterprets the intent of Castoriadis's critique of Aeschylus, which is not an attack on the merits of the poet, neither as a poet nor as a participant in the fledgling Athenian democracy, but an argument about the myths and cultural ideas prevalent in Athens at the time of the play's writing. Abaffy points out that Aeschylus was by all available evidence a patriotic participant in the Athenian democracy, and that his greatest works, the *Oresteia*, suggests a commitment to democratic processes as the highest path to justice and good governance (ABAFFY 2012, 48-52). None of this, true though it may be, contradicts Castoriadis's claims that the anthropogony in *Prometheus Bound* expresses an attitude to humanity that has yet to be significantly transformed by the experience of democracy. More serious and interesting is Abaffy's suggestion that the attitude exemplified in Sophocles is one that is symptomatic of a corrupted democracy, one that will lead to the kind of attitude to the natural world in particular that Castoriadis himself deplores as (pseudo) rational (pseudo) mastery (CASTORIADIS 1987; CASTORIADIS 1981). In the choral ode's description of the achievements of humanity in controlling natural forces and refashioning itself, Abaffy sees a hubris that will send both the Greek world and the later European world into a technocratic humanism in which the gods and Nature are dethroned and subjugated, a development that will lead to destruction and dehumanization. She associates Castoriadis with this trend, despite the fact that he himself identifies and laments it. This is because she identifies Castoriadis as belonging to a tradition she traces back as far as the Sophists with whom Sophocles associated. She sees Sophocles as expressing the ideas of the Sophists, especially their rejection of the gods (CASTORIADIS 1991, 19). But where Castoriadis regards the Sophist attitude of skeptical agnosticism towards the gods as an advance that opens up a space for autonomy, Abaffy sees it as the beginning of the disaster of European history (ABAFFY 2012, 52-58). Abaffy declares that Sophocles «*is* religious but it is a different kind of religion: not one that eventually leads to non-religion, but one that leads to Platonic religion» (ABAFFY 2012, 55). The worship of the gods is supplanted by the worship of order and logic. Abaffy underestimates Sophocles' continuing recognition of the transcendent and its importance. More on this later.

Let us respond to a few of Abaffy's criticisms immediately, before proceeding to explore some of the more interesting implications of others. Abaffy's interpretation of Castoriadis's concept of *Chaos*, the primordial groundlessness out of which emerges all being and meaning, is deeply flawed. Her equation of this *Chaos* with meaninglessness and nothingness is simply wrong (ABAFFY 2012, 56 f.). As I have argued elsewhere (KLOOGER 2009, 295-304), for Castoriadis *Chaos* is not *nothing* but a creative ferment which gives rise to a perpetual surplus of being and meaning, but being and meaning of an essentially indeterminate and non-determinable nature, hence being and meaning that confounds the deterministic *ensidic* dimension of

language and social institutions, including religious institutions, which are peculiarly involved in that they undertake to express and at the same time tame this indeterminable surplus (CASTORIADIS 1982b). It is not so much nihilism Abaffy fears, but humanism, the idea that all that keeps the nothingness of *Chaos* at bay is the mastery of humans. This is how she – wrongly – reads Castoriadis's thoughts on *Chaos* and its relation to signification. In Abaffy's reading, signification and the human institutions embodying them protect us from being overwhelmed by a *Chaos* that threatens meaning and order. Accepting conscious human responsibility for this struggle against meaninglessness leads in the end to the victory of pure, calculating logic, and a philosophy that seeks total control, which Abaffy finds in Plato (ABAFFY 2012, 52-55). If there is a contradiction lurking here – on the one hand, the threat of *Chaos* must be averted, and on the other hand, the traditional heteronomous significations and institutions that contained this threat are to be dismantled – Abaffy must think it lies within the thought of the tradition she is criticising. Instead, she sees Castoriadis's position as itself contradictory, decrying pseudo-rational pseudo-mastery and at the same time advocating that which prepares the way for it. What Abaffy fails to understand is that, for Castoriadis, the *Chaos* is – as stated above – *creation*. As the *creation* of *meaning* as well as of *being*, it both inhabits and exceeds all human attempts to contain or domesticate it, and so it can never be reduced to its *ensidic* dimension, the dimension to which thought is reduced in the project of rational mastery. Abaffy does not appreciate that for Castoriadis autonomy is as much an imaginary creation as the gods, and as such, as much an expression and product of the *Chaos*, and that to reduce the *Chaos* to an *ensidic* order would be the death of autonomy every bit as much as the death of the gods. This hamstrings her critique of Castoriadis, and also arguably her understanding of the traditional religious meanings she seeks to defend. For all that, her concerns are not without merit.

We can see what, for Abaffy, reverence for the gods represents, and what its rejection risks. What it represents is humanity's connection with and indebtedness to transcendent forces. Without such an acknowledgement, humanity risks hubris, the exceeding of all limits, and the degradation of both Nature and humanity itself to objects of manipulation and control. It does not take much effort to see in this understanding of the gods and what they represent an acknowledgement of the Other of heteronomy. This Other has given us so much of what we are and what we need, and failing to acknowledge and honour this gift may be wrong not just because it shows a lack of proper gratitude, and not because it is sacrilegious, but because it cuts us off from something of value, something we continue to need and something we are still connected to whether we acknowledge this or not. Castoriadis recognises this continuing connection to the Other in principle, both in relation to the psychical Other of the Unconscious and in relation to the anonymous collective (CASTORIADIS 1975, 273-339). But does Castoriadis's approach offer us any guide as to

how this acknowledgement is to be enacted, or does it instead make such an acknowledgement seem hollow and abstract? Properly understood, Castoriadis's concept of *Chaos* can be a powerful and fertile representation of the creative source of natural and social-historical being and meaning. It is an attempt to articulate the real experience that lies behind all religious representations. As such, it is attractive to many religious believers, who see in it a rejection of idolatry, a refusal to reduce the transcendent to a concept. One could easily identify similarities between Castoriadis's concept of *Chaos* and the philosophical approaches of more radical theologians such as Paul TILLICH (1952).

But for all this, Castoriadis himself was an adamant atheist and a fierce critic of religion. His own personal experience made him sensitive to the tyrannical and totalitarian potential in religious institutions far more than their liberating or transformative side. So much so that in his definition of religion he reduces religion to the existing institution and its status quo preserving drive, hiving off the critical and transformative manifestations of religion as not properly religious. The term he uses is "socially effective religion"; as though one could dismiss the radical transformations of society that have been driven by religion as social ineffective. It is an odd definition for a student of Weber to cling to, all the more so given that it involves divorcing the *instituted* dimension of the social-historical from the *instituting* dimension, something that Castoriadis's own account would seem to declare impossible (CASTORIADIS 1975, 369-373). It is true, perhaps, that certain of the more transformative, institution-transcending and mystical aspects of the religious impulse have proven incapable of forming the primary elements of the central institutions of a whole society. But that does not make them irrelevant or ineffective.

4. *The Other of Heteronomy: between Heidegger and Castoriadis*

We need to explore here whether Castoriadis, in his interpretation of Aeschylus and Sophocles, is sufficiently sensitive to the issue of connection to and acknowledgement of the transcendent. We shall see he is not, and that in his understandable zeal to identify and define the autonomy-promoting anthropology missing from Aeschylus and present in Sophocles, he disregards the heteronomy-acknowledging elements in both.

Before we turn to this, we will take a detour through Heidegger – not because this detour is an essential prequel to an investigation of Aeschylus and Sophocles, but partly because Castoriadis himself makes Heidegger an issue in relation to the interpretation of the Greeks and Sophocles in particular, and partly because, as suggested earlier, Heidegger offers some clues as to how we may conceptualise the Other of heteronomy. First, though, there are few additional aspects of Abaffy's critique of Castoriadis that bear examination.

Abaffy argues that Aeschylus is a better democrat than Sophocles, because Aeschylus' version of democracy incorporates a recognition of our indebtedness to the transcendent (ABAFFY 2012, 42-58). This acts as a bulwark against hubris, which otherwise is likely to expand and explode. As mentioned above, Abaffy sees in the choral ode from *Antigone* the origins of the project of rational mastery Castoriadis critiques. Interestingly, her complaint against the technocratic in thought and action is similar to one of the chief concerns of Heidegger's philosophical project. The similarity between Heidegger's critique of technocratic civilization and Castoriadis's critique of the project of rational mastery is perhaps obvious, and reflects little more than that they inhabited the same civilization, with tendencies and shortcomings clear to many of us. What is worth exploring, however, are the similarities between Heidegger's and Castoriadis's analysis of this element of Western civilization. For Heidegger it results from a degeneration of the Greek understanding of thinking, which previously had encompassed a much more fruitful and outward-looking relationship to Being, but which, in and even more so post Plato and Aristotle, becomes narrowed through its philosophical development to mere logic. This leads in modernity to a mathematization of Nature and a trivialization of relations both with Nature and within society. Humanity becomes trapped in the self, rather than encountering Being thoughtfully. We become inward-looking, narrow and superficial in outlook, aims and achievements (HEIDEGGER 1953, 176-210, 216-221; HEIDEGGER 1926, 71-77; HEIDEGGER 1962). For Castoriadis, the problem also has roots in philosophy – or is best viewed through its development in philosophy. The *ensidic* dimension of human institutions and instituting, the element of pure logic and calculation in thought and language, undergoes what might be described as a hyper-development. This occurs through a narrowing of ontological and logical conceptions, whereby "being" comes to be defined as "determinacy", and the creative and imaginative dimension of human thought are reduced to purely logical manipulation and calculation or mere reflection of the already given (CASTORIADIS 1975, 221-272). So, Heidegger and Castoriadis agree that the conception of "being" – what Heidegger calls Metaphysics and what Castoriadis calls *ensidic* logic-ontology – is at the root of the development of those aspects of Western civilization they deplore. How they analyse this differs, but it is significant that they agree on the location of the problem. Castoriadis traces this development to a philosophical distortion of the concept of being with its roots in universal aspects of the social-historical and psychical. Heidegger traces it to a falling way from Being which involves the replacement of questioning with answers that narrow and hollow out our relation with the world and ourselves. Notwithstanding the important differences, there is much agreement here, and this is not the end of the agreement between them. There is even a recognition of creativity in Heidegger that sits well with Castoriadis's, despite the impression that Heidegger sometimes gives that *Daein's*

encounter with Being should be principally one of receptivity. What is more, this appreciation of creativity is to be found precisely in Heidegger's discussion of the choral ode. We will return to this later.

Neither Heidegger nor Castoriadis locate the origin of this development of Western culture where Abaffy does, in Sophocles and the Sophists, but later, with Plato, Aristotle and the Hellenistic and Roman Schools. Abaffy argues that the Sophists lay the groundwork for the development in Plato of a conception of humanity that unleashes hubris (ABAFFY 2012, 52-55). Leaving aside the merits of this argument (it would require a lot more evidence and analysis to be persuasive), we can see some justification for the identification of the risk of hubris in the burgeoning Athenian democracy. Castoriadis does not doubt it. Indeed, it is at the heart of his definition of Athenian tragedy. For Castoriadis, tragedy is a cultural form that grapples with the risk of hubris opened up by democracy (CASTORIADIS 1983a). Castoriadis regards the recognition that the social order is distinct from and undetermined by natural order to be a necessary precondition for the development of democracy and a recognition of humanity's self-creating character (CASTORIADIS 1983a), but he does not regard this as immediately or inevitably leading to pseudo-rational pseudo-mastery. Castoriadis might acknowledge that some part of the seed of the project of rational mastery lies here, but it requires further ingredients to germinate, especially the degeneration of the conceptions of being and thought described above. If the project of autonomy opens up the potential for a hubristic development, this hubris is combatted in democratic Athens precisely by the awareness of that danger expressed in tragedy. As long as the spirit of tragedy remains, the worst excesses of hubris may be kept at bay, even if the battle against hubris remains a perpetual one. As tragedy declines, the danger increases. Does this battle against hubris essentially also involves a recognition of the indebtedness to the transcendent? This is what Abaffy would argue. It is not how Castoriadis understands tragedy.

At this point let us explore the connections – and disconnections – between Heidegger and Castoriadis further. Castoriadis criticises Heidegger's translation of the choral ode from *Antigone* on a number of specific points. He criticises the translation as a whole on the basis that it represents an expression of Heidegger's own concerns and views rather than a valid interpretation of Sophocles' own ideas. It is, one might say, bad hermeneutical practice. Of course, this judgement depends on what you regard as the aim and measure of hermeneutical activity. Heidegger sometimes defends a style of interpretation that is guided more by the concerns and needs of the interpreter than those of the interpreted. This is a long-standing debate over the aims of interpretation[1]; but what is surely of greatest

[1] See GADAMER 1960 for the most influential exploration of this hermeneutical problem informed by Heidegger.

importance is that we are clear about what is being done. Is the interpreter trying to reveal the thoughts and meanings of the original, or is s/he using the original, even to the point of distorting it by divorcing certain elements from their original sense and altering that sense to better adapt them to the current need? The trouble with Heidegger's translation and interpretation is that he wants to have it both ways. He wants to claim the freedom to interpret the Greek past in a way that allows him to address what he sees as the vital concerns of his day, and at the same time he wants to insist that this is how the Greeks actually thought.

Castoriadis, for one, is not so dismissive of Heidegger's interpretation that he cannot recognise in it patterns of thought that «may propel one towards thought and productively "incite" the indolent reader of ancient texts» (CASTORIADIS 1991, 2). But for Castoriadis, this value is outweighed by:

> «an artificial and unsound construction, which (1) presents Sophoclean *anthropos* as a complete embodiment of Heideggeriean *Dasein*, and (2) is characterized, incredibly and monstrously (like everything Heidegger has written about the Greeks), by systematic disregard for the polis, for politics, for democracy, and for their central position in ancient Greek creation» (CASTORIADIS 1991, 2 f.).

Castoriadis's criticisms of Heidegger seem justified. Here, though, the crime of mistranslation is less important than the potential of Heidegger's tendentious translations and interpretations to throw some light on the question of heteronomy. Can Heidegger's *Dasein*, as distinct from Sophocles' *anthropos*, tell us anything useful about the relationship between the social-historical self and Other? And is what it can tell us somehow related to what Sophocles thought, even if it is not identical to Sophocles' conception of *Anthropos*? Finally, is there any connection between Heidegger's *Dasein* and Castoriadis's conception of the human?

Before we turn to these questions we should clarify the main points on which Castoriadis takes issue with Heidegger's translation. The first relates to the understanding of the polis. Sophocles' phrase *astunomousorgas* Heidegger, in what Castoriadis characterizes as an explicitly Nazi interpretation, translates as «the passion for dominating cities» (CASTORIADIS 1991, 17). Stephens points out that Heidegger's German is literally the *courage* to dominate cities rather than the *passion* (STEPHENS 2014, 77) – a subtle difference, but one that perhaps indicates Heidegger's admiration of daring and the exceptional rather than the sheer lust for power. But what Sophocles really means, Castoriadis argues, is the *passion* for *instituting* cities. The phrase occurs as part of a list of the things that humans have taught themselves to do, to make and to become, and this capacity to institute cities belongs to this sequence as an essential and characteristic human accomplishment. Heidegger also makes much of the word *hupsiplois*, which he translates as «rising high in the site of history». (HEIDEGGER 1953, 162 f.) For Heidegger, *polis* should be

translated as «the site of history» rather than simply as the city or the city-state. His argument is that this is the essential meaning and nature of the polis, that it is the site of *Dasein*, of human being, and this human being is historical in nature. What this ignores is that, for Sophocles and for the Athenians, this "site" was not an abstract idea but a concrete reality, and that reality was the city. As often happens with Heidegger, he translates what he takes to be the implied or fundamental meaning of a term rather than the meaning it would have had in common usage at the time of the text or language in question. This is not without value – it is useful to think of the fundamental implication of the term *polis*, and Castoriadis for one would hardly wish to disagree that history is essential to humanity, and so the *polis* is in its essence a site of history. But of course it is only one possible site, and a specific one. The idea that *hupsipolis* means rising high, distinguishing oneself, even rising above one's context, the city itself – the complete phrase is *hupsipolis apolis* – is in keeping with Heidegger's program. He wants to promulgate an understanding of *Dasein* in which it aims at rising above the common and the trivial – with "trivial" understood as the mundanely social as well as superficial. *Hupsipolis* means, according to Castoriadis, someone who is great within their city, and its coupling with *apolis*, meaning "no true citizen" rather than "no city" or "outside the city", is in the context of a contrast intended to reflect upon the failings of Creon, whose greatness is threatened by his failure to act in the way a true citizen should by listening to the views of others and not only the dictates of his own logic (CASTORIADIS 1991, 12).

In connection with this part of the text it is interesting to note that Castoriadis does not take specific issue with the remarkable Heideggarian translation mentioned above, whereby Heidegger translates *edidaxato* as «found their way into», not because there is anything in the word itself that would justify that translation but because he, Heidegger, refuses to accept that humans can really have taught themselves language and thought. In effect, he changes the meaning of the text because he thinks what it says is wrong and even absurd. Whether there might be some justification for his attitude we will explore later, but as a method of translation it leaves much to be desired.

Another specific point on which Castoriadis takes issue with Heidegger is in relation to the translation of *deinos*. Here Castoriadis's criticism is relatively gentle. All that he says is that Heidegger's translation is too partial. As explained above, the word has a plethora of associations, and "uncanny" – *unheimlich* in Heidegger's German – is only one of them, and as such a very impoverished understanding of the word's polysemy. Castoriadis makes it clear that polysemy is a characteristic of Greek due to its linguistic structure, and this means that Sophocles can allow the various possible meaning of *deinos* to coexist without having to narrow them (CASTORIADIS 1991, 14 f.). This obviously affects the way meaning is constructed within and from a Greek text (CASTORIADIS 2007). Heidegger uses the term

"uncanny" as the starting point for a series of interpretations that bring out other implications of the concept, but there is a difference between, on the one hand, choosing one interpretation of a polysemic term and broadening that, and, on the other, taking all the meanings of that term as equally available from the outset. Heidegger wants *deinos* to mean "uncanny" because it suits his purposes – which, once again, are not without their value – not because he really believed that is what Sophocles or the Greeks meant by the word.

Castoriadis declares that Heidegger's manipulation of the ode to make it say what he, Heidegger, wants it to say with regards to Nothing, including altering its punctuation and covertly omitting words, is «a shameless violation of the text» (CASTORIADIS 1991, 3). Heidegger has the relevant passage of the ode say «going everywhere and yet left behind, without experience and without a way out, he comes to nothing» (CASTORIADIS 1991, 3). According to Castoriadis, what the passage actually says is «[c]apable of going everywhere, of traversing everything, of finding answers to everything; he advances toward nothing that is in the future without having some resource» (CASTORIADIS 1991, 3). The contrast is stark, but Castoriadis's translation is the more faithful, as Stephens concludes (STEPHENS 2014). The reason Heidegger ends up with Nothing is because he needs it. He believes the encounter with Nothing is essential for the encounter with Being, and so it is unthinkable that the Greeks, who stand at the inception of the Western relation with Being, could be ignorant of *Dasein's* encounter with Nothing and its importance.

Anthony Stephens has written about Castoriadis's criticism of Heidegger's translation of the choral ode, and with linguistic expertise in German and Greek to inform his judgements, he comes to the conclusion that Heidegger's translation is as flawed as Castoriadis suggests (STEPHENS 2014). However, Stephens constructs his argument around an unsound premise, which is that Castoriadis attributes the failings in Heidegger's translation to Heidegger's Nazism. Castoriadis mentions Heidegger's Nazism twice in his essay. One occasion is that mentioned above in which he characterises Heidegger's translation of *astunomousorgas* as "the passion for dominating cities". The second is a bit more subtle. Castoriadis says that the importance of the democratic polis in Greece is something that «the national-socialist Heidegger (1933-1945) does not want and is not able to see» (CASTORIADIS 1991, 3). This Stephens interprets as meaning that Castoriadis is claiming that Heidegger translates and interprets the choral ode as he does *because* he was a Nazi. Stephens actually uses the term *aetiology*, leaving no doubt that for him it is a question of cause and effect (STEPHENS 2014, 69). This is an oversimplification, and one that does Castoriadis an injustice. Castoriadis understood Heidegger enough to realise that Heidegger was a Nazi *because* he held these views about Greece, humanity, society and history, and not that he held these views *because* he was a Nazi. The roots of these views lie deep within Heidegger's philosophical project and

predate his affiliation with National-Socialism. National-Socialism was attractive to Heidegger insofar as it seemed to him to express and further those ideas and aims (whether these are the only reasons it was attractive to him, and whether it ceased to be attractive to him solely because he realised that it could not be the vehicle for his philosophical-historical project or for other more personal reasons, are questions of a psychological and biographical nature that we cannot answer here). That Stephens shows Heidegger's interpretation of the choral ode remained unchanged after his exit from Nazism supports this interpretation, but for the reasons already mentioned, is irrelevant to Castoriadis's criticism of Heidegger.

Stephens' alternative explanation for Heidegger's mistranslation is not convincing either, partly because it relies on interpretations of key concepts such as violence, inception and alienation that are too one-dimensional compared to Heidegger's, and partly because of a misunderstanding of Heidegger's attitude to the choral ode and its place in the history of the West. Stephens seem to think that Heidegger regards the choral ode as an artefact that marks the beginning of the decline of *Dasein* and its alienation from Being, whereas for Heidegger it depicts the essential characteristics of *Dasein* before that fall. It is in terms of this alienation that Stephens explains Heidegger's interpretation of the choral ode. We see, according to Stephens, humanity defined «by isolation, violence, estrangement from his own Being and encountering nothingness» (STEPHENS 2014, 79). Stephens links this interpretation to the way Heidegger plays on the similarity between the German words *unheimlich*, uncanny, and *unheimisch*, unhomely. The latter is a very important connotation for Heidegger. This is how Stephens understands this concept, especially in terms of Heidegger's interpretation of the choral ode.

> «What it boils down to is that humanity– for Heidegger – is *deinos*, is *unheimlich* because it is not at home in the world and commits violent acts in respect of what overwhelms it. As George Steiner put it very neatly in his study *Antigones* of 1984: "The great tragic current of 'exilic' sentiment after Kant is summarised in Heidegger's image of man as 'a stranger in the house of Being'"» (STEPHENS 2014, 75; quotation from STEINER 1984, 15).

This places *Antigone* and the choral ode after the exile, with its description of humanity a description of *Dasein* sundered from Being. But this is not what Heidegger intends. For Heidegger, this *unheimlich* that is also *unheimisch*, this uncanniness that is also unhomeliness, is essential to humanity and belongs to *Dasein* from the inception of its relationship with Being. It is the very character of that relationship. The violence that Stephens writes of as if it were a symptom of alienation is in fact for Heidegger the means by which *Dasein* encounters Being. This violence is not, as Heidegger is at pains to explain, a matter of brutality, but

of a type of relationship in which *Dasein* does not leave beings as they are but forces change upon them (HEIDEGGER 1953, 160 and 167-172)[2]. It refashions them, it is creative (perhaps not in quite as radical a sense for Heidegger as for Castoriadis, but creative even so), because beings overwhelm *Dasein*, and because, as long as they merely overwhelm, they do not yet *speak*. It is only through this violence of changing, fashioning, taming, and creating that the *poetic* relation with beings can be awoken, and only then can beings be broken open to reveal Being. Sometimes Heidegger writes of the relation of *Dasein* to Being in a manner that might give the impression that it is a purely passive affair of reception, with *Dasein* being merely receptive to unconcealement, to truth as revelation. But here at least, in his discussion of the choral ode, it is clear that *Dasein* is essentially active in this relation. *Dasein* grasps Being only by making it come into view, and *Dasein* does this only by doing violence to the beings that overwhelm it.

Dasein is uncanny and unhomely, not because it has been sundered from or fallen away from Being, but because this is its essence. *Dasein* is incomprehensible because it is not just one thing, a *what* that could be defined once and for all, but a *who* that defines itself in and as history. *Dasein* is never at home because it does not fit comfortably and easily within the natural world that overwhelms it; instead it must make a home for itself by violently interfering with what is and changing it. This activity is ceaseless. The historicity of *Dasein* means that it will never be at home in the way other creatures are, that it must perpetually struggle to make its world and itself, and – what is most important to Heidegger – through that violent struggle, encounter Being. The fall, for Heidegger, is not this struggle and this violence, this uncanniness and this unhomeliness, but the retreat from it into a trivial manipulation of beings that never decisively encounters Being because it no longer dares to expose itself to Nothing, no longer dares to take the risk to stand out in the face of Nothing to do, make and become what is truly great, which for Heidegger means that which involves a questioning philosophical and poetic encounter with Being (HEIDEGGER 1953, 160-176, 216-221).

Heidegger's obsession with *Dasein's* encounter with Being aside, these thoughts have considerable points of contact with Castoriadis's ideas. Castoriadis, too, believes that humanity's relation with the world and with itself is never one of easy adaptation, of homeliness, but rather of a struggle where what humans struggle with and against are to a substantial degree their own creations. Castoriadis, too, sees humanity as self-defining, this being the essence of historicity. Despite the partial nature of Heidegger's translation of *deinos* as "uncanny", what he says about humanity is very similar to what Castoriadis says

[2] The German word Heidegger uses is *Gewalt*, meaning "force" and "power" – as Stephens tells us in a different connection (see nt. 3 below). It seems strange that Stephens should adopt so narrow an interpretation of it, especially as Heidegger expressly counsels against it.

about humanity being characterised by its lack of a fixed nature and its capacity to transform itself. The idea of the violence of the relationship between *Dasein* and beings is also similar to what Castoriadis says about the relationship between humanity, as psyche and as social-historical, and the natural world. The human subject, whether psyche or society, does not merely reflect, it creates, it brings into being what was not already given. What is more, in doing so it distorts. This is essential to Castoriadis's conception of the *ensidic* dimension of language, thought and instituting. The *ensidic* makes determinate what is not, in itself, determinate. It makes things *be* in a way that they would never *be* in and of themselves. It goes further – too far, according to Castoriadis – to claim that this being is all that being is and can be, to define being as this type of being that it itself creates: the determinate, the *ensidic*. In doing this, it does violence. It forces things to become what they are not. But it is only through this violence that we can come to know the world. Only by creating through our language and our thought a meaningful representation of the world, which is not what the world itself is, can we come to encounter the world meaningfully. The logic-ontology that equates being with determinacy can be overcome, or at least resisted and relativised. But the *ensidic* manipulation and distortion of the world cannot be dispensed with since it is essential to our human mode of being.

So, Stephens mistakes the choral ode for a document expressing *Dasein's* alienation from Being when for Heidegger it is the opposite, an expression of the essential character of *Dasein* and its relation with Being in the golden age of Greece. In effect, Stephens confuses what is for Heidegger a description of the "incident" that inaugurates history as such with the origin of what Heidegger calls Metaphysics, the particular understanding and treatment of Being that rules throughout Western history. This Metaphysics is a particular history, whereas what is described in the choral ode is the originary encounter of *Dasein* with beings and Being. Metaphysics begins later, as Heidegger goes on to explain, in the reduction of thinking to logic in Plato and after (HEIDEGGER 1953, 176-210).

5. *Before and After Self-Creation: Discontinuity and the Transcendent Other*

Let us think about this question of the incident, the inauguration of history, because it is on this point that Heidegger, Castoriadis and Aeschylus can be brought together, and it is here that the question of the Other emerges clearly.

> «As the breach for the opening up of Being in beings – a Being that has been set to work – the Dasein of historical humanity is an *in-cident*, the incident in which the violent powers of the released excessive violence of Being suddenly emerge and go to work as history» (HEIDEGGER 1953, 174).

Heidegger's English translator advises that 'in-cident' in the German text is *Zwischen-fall*, which means a between-case or a fall-between (HEIDEGGER 1953, 174, nt. 67). The beginning is always a moment between two realities, the old and the new. The word "incident" also conveys the idea that this beginning is an event. It is not a slow or gradual transition, but a sudden leap, something achieved all at once. At one moment there was no history, no opening of Being in beings, just an overwhelming bombardment that was mute and meaningless. Then, in one stroke, there is history, the inauguration of a new relationship with beings and with Being. This incident is the originary historical event.

Compare this with how Castoriadis understands the creation of the fundamental social-historical institutions of *legein* and *teukhein*. They cannot be assembled piecemeal. If they are created, they must be created complete, containing all the elements necessary for the essential activities of instituting – naming, counting, assembling, etc. Their creation is in effect the creation of a first act of instituting which contains within itself the rules or principles according to which future instituting can also occur. This creation is the first historical act, and it is an act that inaugurates history. It is the historical beginning of history – and of society, since for Castoriadis the two are inseparable (CASTORIADIS 1975, 165-220).

Now for the most difficult question: is this act an act of humanity, and if it is an act of humanity, is it an act of a humanity essentially the same as the humanity that exists downstream of this act? Aeschylus has an answer to this question. It is not an act of humanity. It is a gift to humanity. And he has good reasons for saying this, reasons with which Castoriadis in a way concurs. Humanity without these fundamental institutions is no humanity at all, but an abomination, a monstrosity, an impossibility. How is it possible to imagine that such a humanity, lost amid dream shapes, could have given itself these fundamental institutions? Heidegger also concurs. The idea that humanity could have invented language and thought is absurd. «How is humanity ever supposed to have invented that which pervades it in its sway, due to which humanity itself can *be* as humanity in the first place?» (HEIDEGGER 1953, 167). Without language and thought, without the fundamental institutions that make humanity human, there is no humanity. If there is no humanity, then humanity cannot be the inventor of these institutions.

Two things must be said here. The first is that this quandary, interpreted in a sense to which Castoriadis is adamantly opposed, but which he believes has been decisive in the history of Western thought, can lead to the conclusion that self-creation is absolutely impossible, that nothing can be truly created; hence that everything that will be must already exist in some form or another, that history is not the emergence of the new but the unfolding of the same, and so on: the whole apparatus of the logic-ontology of determinacy that denied creation. The second is

that if humanity did not create these institutions, the question that must be asked is who did create them. Heidegger does not say. Aeschylus answers the question, though: the god Prometheus. If we happen to think that this answer is wrong, it is less easy to fault the logic that leads to the search for some source of the institutions beyond humanity as we know it. The question that remains is this: who or what are the gods?

Here Sophocles can perhaps help us. «We don't know exactly what Sophocles thought about the gods», writes Castoriadis, «and it is difficult to infer it» (CASTORIADIS 1991, 19).

> «We do know that he belonged to the circle of Pericles, as did Protagoras, who said: "Concerning the gods, I can know nothing: neither what they are like, nor whether they exist or do not exist, nor what form they might take"» (CASTORIADIS 1991, 19; quotation from O'BRIEN 1972, 20).

In *Antigone*, however, this is what Sophocles says about the gods. Antigone is speaking of Creon's order against the burial of those who fought against Thebes.

> «That order does not come from God. Justice
> That dwells with the gods below knows no such law.
> I did not think your edict strong enough
> To overrule the unwritten unalterable laws
> Of God and heaven, you being only a man.
> They are not of yesterday or to-day, but everlasting,
> Though where they came from none of us can tell» (SOPHOCLES 1947, 138).

The rules of God and heaven are not of yesterday or today. They are not the products of history, in which humanity, whether individual ruler or democratic polis, can write whatever laws she/he/they may choose. But what does it mean to say that we cannot tell where the laws of God and heaven came from? Has not Sophocles – or Antigone – just said that they come from God and heaven? There are two possible answers. Either, though we can name God and heaven, we know nothing definite of them, and so even if we say the laws came from God and heaven we do not really know what this means. Or, God and heaven are really only place markers for a mystery that we cannot solve. When there are things that exist that we cannot deny but cannot explain, we say that they come from God and heaven, understanding that by these words we are saying no more than that they are precious, not to be tampered with carelessly, and that their origin is a mystery to us.

The crucial thing is that these unwritten laws exist. Not only do they constrain us, but they are essential to making us human. Sophocles links these laws to oath-making – the idea of swearing oaths arises again and again in the play as

something both vital and dangerous. When one swears an oath one ties one's actions to something beyond oneself as guarantee of one's promise. In the Greek setting, this transcendent Other is God or the gods. But the crucial thing is that it should be an Other. Ricoeur has argued persuasively that the capacity to make and keep promises is an essential aspect of personhood (RICOEUR 1990, 1-55).

So however we explain or to whomever we attribute these laws, they are real and important. And even Sophocles, the poet whom Castoriadis lauds for his recognition of the self-creating nature of humanity, recognizes that these laws are not the work of humanity in the same way that the laws of Creon are, or the laws of the democratic polis would be. This speaks to the quality of Sophocles as a poet. He can have the chorus extoll the self-creating nature of humanity, but he does not ignore the mysteries that this self-understanding leaves unexplained. It would be easy, perhaps, for a democratic polis dazzled by its own achievements to recognize its own self-creating nature, and to project that self-creation back to a period prior to itself, to the whole of history, or even pre-history, and in so doing to elide the difference between what happens in the democratic polis and what occurred before it – in effect, to elide the difference between autonomy and heteronomy. This the chorus may be guilty of, and this is what makes Heidegger so uncomfortable that he wishes to alter the text of the chorus at some points because it makes no sense to him. But Sophocles' play is more than the choral ode. In his longer analysis of *Antigone*, Castoriadis focuses on what he sees as the heart of the tragedy, the conflict between Creon and Antigone which thematizes the risk of hubris, of acknowledging one's own reason alone and of failing to acknowledge the legitimacy of the views of others and accommodate them (CASTORIADIS 1983a). This is valid, and yet an artistic work of real quality is always a complex whole. Another theme in *Antigone* is the need to balance human laws and holy laws, to keep holy laws in awe, to recognise that we are connected to something beyond the here and now, the particularity and partiality of today's laws and today's needs. Castoriadis does not ignore this aspect of the play altogether. He interprets it in terms of the distinction between what he calls "affirmative law" and "worldly law" (CASTORIADIS 1991, 19). But this begs the question: what is affirmative law? Where does it comes from? How does it differ from worldly law, the law the polis and its rulers make deliberately for themselves?

6. *Varieties of Otherness and Types of Heteronomy*

Castoriadis observes that in *Prometheus Bound*, Aeschylus begins from a «nightmarish prehuman condition and presents the passage to the human condition as a gift, coming from the decision and action of a superhuman creature» (CASTORIADIS 1991, 19 f.).

> «There is nothing analogous in Sophocles, for whom there cannot be a prehuman condition as far as humans are concerned since from the moment *anthropos* exists he is defined by his own active self-creating practicopoetic activity, his self-teaching» (CASTORIADIS 1991, 19 f.)

Let us accept that the attribution of fundamental human skills to the actions of a superhuman creature is a mistake; or better, an attempt to explain and express a mystery that otherwise has no answer. But what of the assertion that there cannot be a prehuman condition as far as humans are concerned? What does this mean: there cannot be? But there must have been: since humans are not eternal, since they came to be, there must have been something prehuman. But this cannot be *for* humans? So humans cannot experience this prehuman condition, they cannot share in it without ceasing to be human. But experiencing is not the only way that something can be *for* us. We can also seek to know, to understand, however externally and imperfectly. It is almost as if Castoriadis is telling us that because we can never hope to understand perfectly we should stop asking questions. It is advice that he can offer, but humans being what we are, most will not listen. And should we?

Castoriadis has a habit of insisting that we stop asking questions he declares pointless, and then answering them, or attempting to answer them, himself. We should stop asking who created society, he insists, and then declares that society is a form of self-creation, thus answering the question of its creation himself (CASTORIADIS 1982a). Or he declares we should stop inventing myths about the origin of the cosmos and society, and then he invents a poetic-philosophical concept that is as resonant as any myth: the *Chaos* (CASTORIADIS 1982b). Humans will ask these questions, and we should. But we should not settle on just any answers.

Of the fundamental social-historical institutions we can say that their creation involves a transformation from the prehuman to the human. We need not argue endlessly about whether this is or is not self-creation, as though the term "self" entailed a complete and perfect identity into which otherness never enters. On the contrary, selfhood entails otherness essentially. The creation of humanity is the creation of one self by another, a new self by an old. The old self will then be the Other vis-à-vis the new self – and vice versa for that matter. This is self-transformation, self-surpassing. The former, prehuman self is destroyed in this creation – in its totality it is destroyed even if some elements of it remain within the new self – and a new human self is created. This new humanity continues to be self-creating, and is so to a much greater degree than the prehuman self, because the transformation was such that it freed the capacity for self-creation to a much greater degree than previously. Self-creation becomes the very mode of being of the human self. This self-creation, however, never equals the radicality of the originary creation of the fundamental institutions of humanity. This is not to say that it never can or will. But if it does, that may entail the emergence of something radically new, a new humanity, or something beyond the human.

Thus, self-creation can involve otherness as well as selfhood. The two are not mutually exclusive. There are a number of ways in which self and other may be involved in social-historical self-creation. First, there is autonomy *qua* deliberate self-determination by a self-conscious collectivity – what Castoriadis has called lucid self-creation (CASTORIADIS 1983b). Second, there is the heteronomy in which a quite radical Other creates institutions which transform the prehuman into the social-historical, inaugurating the social-historical through the first social-historical act or acts. We may call this *Primal Heteronomy*. The difference between primal heteronomy and autonomy is quite stark and relatively simple to delineate. Then there is the heteronomy in which social actors, individuals and groups create the laws but disguise their own authorship by tying these laws to the originary heteronomous source, however defined. Let us call this *False Heteronomy*. Finally, there is the heteronomy in which the Other that we may regard either as the remnant of that prehuman source or as its contemporary counterpart, something nebulous and obscure, something that is sufficiently indeterminate that the divisions between the psychical, the social-historical and the biological, and between the human order and the cosmos, if they do not entirely evaporate – because they cannot do so entirely – at least cease to be as assured. In this last heteronomy, the Other wells up inside us and springs forth in ways that we experience as beyond our control and not of our own making, and this activity can inspire us in the creation of institutions for which we deny responsibility because we feel they came from beyond ourselves. Let us call this *Living Heteronomy*. In *heteronomous societies* – that is, societies in which the closure of social institutions is enforced through the attribution of these institutions to an extra-social source – the work of this Other is immediately attributed to the extra-social. In *autonomous societies*, the source of these creations is recognised as something that is within the social-historical, within the human, even if it exceeds it, and as such the freedom and responsibility of contemporary social actors to judge and choose with regard to these creations is accepted as legitimate and necessary. Nevertheless, a difference between these creations and those of which we know ourselves to be the conscious authors is recognized. This is the difference Castoriadis marks by the terms *affirmative* and *worldly* law. Even in an autonomous society, a distinction may be recognised, as in Sophocles, between holy law and laws we may make and alter at any time as we see fit. We can even say that such a distinction *should* be recognised, that it is healthy, and that to fail to recognise it may be an expression of hubris and a risk for autonomy.

So, there are different types of heteronomy, including the primal heteronomy of the originary instituting, the living heteronomy in which the anonymous collective creates for and through us, and the false heteronomy of the creation of institutions that, by linking itself to the primordial Other, denies and disguises the responsibility of contemporary actors for their own instituting activity. The

motivation for this obscuring of self-creation is, as Castoriadis suggests, to bolster the existing institutions and preserve them from challenge, to close the instituted society from its own instituting impulse. But there is another impulse, which is to reach out toward and link our social-historical world with a continually present Other, to tie ourselves with the transcendent, under whatever name: the gods, God, *Chaos*. If we reject false heteronomy, if we claim for ourselves the right and freedom to create and determine for and as ourselves, we should not scorn the impulse to reach out to the unnameable within and beyond ourselves. To do this without becoming imprisoned by our myths: this is the challenge. We might reflect upon the *Chaos* within the magma of the anonymous collective, as Castoriadis suggests. We might even explore Heidegger's idea that society, like Being, is a *phusis*, an «emerging and abiding sway»[3], within which we find as well as create ourselves (HEIDEGGER 1953, 15 f.). We should continue to ask such questions and invent answers. But we should never imagine that any answer exhausts the mystery of questions as profound as these.

[3] Stephens remarks on the oddity of this translation of Heidegger (STEPHENS 2014, 74). He points out that what Fried and Polt render as "sway" is in the German *Gewalt*, which is more literally "force" or "power". I can only surmise that the English translators were wary of the scientific and political connotations of these English words, and wished to convey something more physical in the sense of embodied. This is not necessarily a defence of their choice, and I think readers should bear the German word and its literal meanings in mind when considering Heidegger's term.

References

ABAFFY B. 2012. *The Radical Tragic Imaginary: Castoriadis on Aeschylus and Sophocles*, in «Cosmos and History», 8, 2, 2012, 34 ff.

AESCHYLUS 2009. *Prometheus Bound*, trans. by C. Collard, *Persians and Other Plays*, Oxford, Oxford World Classics, 2009.

CASTORIADIS C. 1975. *The Imaginary Institution of Society*, Oxford-Cambridge (Mass.), MIT Press and Polity, 1987 (or. ed. *L'Institution imaginaire de la société*, Paris, Éditions du Seuil, 1975, trans. by K. Blamey).

CASTORIADIS C. 1981. *From Ecology to Autonomy*, in CURTIS D.A. (ed.), *The Castoriadis Reader*, Oxford-Cambridge (Mass.), Oxford University Press, 1997 (or. ed. *De l'écologie à l'autonomie*, in COHN-BENDIT D., CASTORIADIS C. (eds.), *De l'écologie à l'autonomie*, Paris, Éditions du Seuil, 1981, trans. D.A. Curtis).

CASTORIADIS C. 1982a. *The Nature and Value of Equality*, in CURTIS D.A. (ed.), *Philosophy, Politics, Autonomy*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1991 (or. ed. *Nature et valeur de l'égalité*, in AA.VV., *L'Exigence d'egalité*, Neuchatel, Editions de la Baconniére, 1982, trans. by D.A. Curtis).

CASTORIADIS C. 1982b. *The Institution of Society and Religion*, in CURTIS D.A. (ed.), *World in Fragments*, Stanford, Stanford University Press, 1997, 116 ff. (or. ed. *Institution de la Société et Religionœ*, in «Esprit», 1982, trans. by D.A. Curtis).

CASTORIADIS C. 1983a. *The Greek Polis and the Creation of Democracy*, in CURTIS D.A. (ed.), *Philosophy, Politics, Autonomy*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1991, 79 ff.

CASTORIADIS C. 1983b. *The Logic of Magmas and the Question of Autonomy*, in *The Castoriadis Reader*, CURTIS D.A. (ed.), Oxford-Cambridge (Mass.), Oxford University Press, 1997 (or. ed. *La logique des magmas et la question de l'autonomie*, in DUMOUCHEL P., DUPUY J.-P. (eds.), *L'Auto-organisation. De la physique au politique*, Paris, Éditions du Seuil, 1983, trans. by D.A. Curtis).

CASTORIADIS C. 1987. *Dead End?*, in CURTIS D.A. (ed.), *Philosophy, Politics, Autonomy*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1991 (or. ed. *Voie sans issue?* in JACQUARD A. (ed.), *Les scientifiques parlent*, Paris, Hachette, 1987, trans. by D.A. Curtis).

CASTORIADIS C. 1991. *Aeschylean Anthopogony and Sophoclean Self-Creation of* Anthropos, in ID., *Figures Of The Thinkable*, Stanford, Stanford University Press, 2007 (or. Greek ed. in *Afierōma ston Konstantino Despotopoulo*, Athens, Papazisis, 1991, trans. by Stathis Gourgouris).

CASTORIADIS C. 2007. *Notes On Some Poetic Resources*, in ID., *Figures Of The Thinkable*, Stanford, Stanford University Press 2007 (or. ed. *Notes sure quelques moyens de la poésie*, in *Figures du pensable*, Paris, Editions du Seuil, 1999, trans. by H. Arnold).

CONACHER D.J. 1980. *Aeschylus' Prometheus Bound: a Literary Commentary*, Toronto, University of Toronto Press, 1980.

GADAMER H.G. 1960. *Truth and Method*, New York, The Seabury Press, 1975 (or. ed. *Wahrheit und Methode,* Tübingen, J.C.B. Mohr, 1960, trans. by G. Barden and J. Cumming).

GRIFFITH M. 1977. *The Authenticity of the Prometheus Bound*, Cambridge, Cambridge University Press, 1977.

HEIDEGGER M. 1926. *Being and Time*, Oxford-Cambridge (Mass.), Blackwell, 1962 (or. ed. *Sein und Zeit,* Tübingen, Max Niemeyer Verlag, 1926, trans. by J. Macquarrie and E. Robinson).

HEIDEGGER M. 1953. *Introduction To Metaphysics*, New Haven-London, Yale University Press, 2000 (or. ed. *Einführung in die Metaphysik*, Tübingen, Max Niemeyer Verlag, 1953, trans. by G. Fried and R. Polt).

HEIDEGGER M. 1962. *Modern Science, Metaphysics and Mathematics*, in ID., *Basic Writings*, ed. by D.F. Krell, San Francisco, Harper San Francisco, 1977 (or. ed. in *Die Frage nach dem Ding*, Tübingen, Max Niemeyer Verlag, 1962, trans. by D.F. Krell).

KLOOGER J. 2009. *Castoriadis: Psyche, Society, Autonomy*, Leiden, Brill, 2009.

O'BRIEN M.J. 1972. *The Older Sophists*, Durham, University of South Carolina Press, 1972.

RICOEUR P. 1990. *Oneself as Another*, Chicago, University of Chicago Press, 1992 (or. ed. *Soi-même comme un autre,* Paris, Editions du Seuil, 1990, trans. by K. Blamey).

SOPHOCLES 1947. *Antigone*, in *The Theban Plays*, trans. by E.F. Watling, Penguin, Harmondsworth, 1947.

STEINER G. 1984. *Antigones*, Oxford, Clarendon Press, 1984.

STEPHENS A. 2014. *The Choral Ode from Antigone "πολλά τά δεινά [...]" Refracted Through Cornelius Castoriadis and Martin Heidegger*, in KARALIS V. (ed.), *Cornelius Castoriadis and Radical Democracy*, Leiden, Brill, 2014.

TILLICH P. 1952. *The Courage To Be*, London, Fontana, 1952.

WEST M.L. 1990. *Studies in Aeschylus*, Stuttgart, BG Teubner, 1990.

STUDI

ALCUNE QUESTIONI GIURIDICHE SULLA REGOLAMENTAZIONE DEL PROGRESSO TECNOLOGICO IN SANITÀ

MONICA **DE ANGELIS**

&dq

Alcune questioni giuridiche sulla regolamentazione del progresso tecnologico in sanità

Some Legal Issues about the Regulation of Health Care Technological Progress

MONICA DE ANGELIS

Ricercatrice di Diritto amministrativo, Università Politecnica delle Marche
Email: m.deangelis@univpm.it

ABSTRACT
Il progresso scientifico in sanità, alimentato sempre più negli ultimi anni dalle nuove tecnologie, postula di continuo interrogativi le cui risposte non sono di semplice individuazione. Il diritto cerca di codificare i nuovi fenomeni legati allo sviluppo tecnologico ma non sempre norma giuridica e tecnologia vanno di pari passo. Il lavoro, anche attraverso esempi concreti, sottolinea la discrasia fra i tempi del progresso scientifico e quelli del legislatore e dell'amministrazione, nonché la conseguente difficoltà di comporre la cornice normativa che alcune volte dunque dovrà essere solo tratteggiata, altre il più definita possibile.

Health care scientific progress, increasingly fuelled by the advent of new technologies, raises complex questions not easy to give an answer to. The law attempts to regulate new phenomena originating from technological development, but legal provisions and technologies are not always able to walk hand in hand. This article, also through case studies, underlines the discrepancies existing between the timing of scientific progress and the timing of law-makers and the administration. The article further analyses the consequent difficulty in creating a normative framework, which should be at times only sketched and at times as detailed as possible.

KEYWORDS
Codificazione, progresso scientifico, diritti dei pazienti, resilienza nella P.A.

Codification; scientific progress; patients' rights; resilience in P.A.

© 2017, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
Tutti i diritti sono riservati.

Alcune questioni giuridiche sulla regolamentazione del progresso tecnologico in sanità

MONICA DE ANGELIS

1. *Nuove tecnologie nel settore sanitario e nuove prospettive giuridiche. Una introduzione* – 2. *La normazione della tecnologia in sanità e la tecnica di normazione in sanità: al di là del gioco di parole* – 2.1. *Tecnologie da normare: come e quando* – 2.2. *Regolazione tecnica e adattamento resiliente: dalla* soft law *alla partecipazione dei pazienti. Alcune note* – 3. *I tecnici in azione: le amministrazioni e i giudici* – 4. *Riflessioni conclusive: tecnologia e resilienza di fronte al progresso scientifico.*

1. *Nuove tecnologie nel settore sanitario e nuove prospettive giuridiche. Una introduzione*[*]

Lo studio delle questioni giuridiche che sorgono allorquando le scoperte scientifiche vengono innestate in un sistema sanitario diventa sempre più complesso perché il progresso scientifico, alimentato in maniera consistente negli ultimi anni dalle nuove tecnologie (e si può parlare dunque, a ragione, di progresso tecnologico), postula di continuo interrogativi le cui risposte non sono di semplice individuazione, soprattutto se si considera che la dimensione giuridica dei problemi che le tecnologie pongono in essere hanno molteplici ricadute: nella pratica medica, nelle risposte ai bisogni di cura, nella sfera giuridica dei pazienti, nelle politiche sanitarie[1]. E tanto le risposte offerte ai molti interrogativi con le norme, quanto le soluzioni applicative devono svilupparsi tenendo conto dei diversi orientamenti che culture giuridiche differenti propongono e prospettano[2].

Se si guarda ad alcuni casi concreti, si nota piuttosto facilmente come su talune fondamentali questioni le norme rispondano spesso in maniera non univoca, facendo riferimento talvolta a principi giuridici indeterminati, talvolta a regole di etica,

[*] Il contributo è stato elaborato sulla base della relazione presentata in occasione del convegno internazionale ALASS dal titolo *Tecnologie e salute*, tenutosi ad Ancona dal 3 al 5 settembre 2015.

[1] Si condivide fortemente l'affermazione secondo cui «il rapporto duale di comprovata indeterminatezza tra diritto e tecnica si unge di ulteriori elementi di ambiguità nell'era della civiltà tecnologica»: IANNUZZI 2006, 137.

Si consideri, ad ogni buon conto, che il progresso scientifico e tecnologico trova negli articoli 32 e 33 Cost. il proprio fondamento costituzionale ed ha un suo specifico «spazio di autonomia, sia con riferimento al momento preliminare della ricerca, sia con riguardo a quello successivo e imprescindibile della sperimentazione, purché informata ai criteri avallati e condivisi dalla comunità scientifica internazionale»: così D'AMICO 2015, 2.

[2] In generale, sul rapporto fra scienza, tecnologia e diritto, si veda: D'ALOIA 2005; CASTORINA 2015.

talaltra a puntuale regolazione: si pensi alla regolazione sulla fecondazione assistita[3] o a quella sui trattamenti sanitari obbligatori[4]. E anche quando la codificazione di nuovi fenomeni non incontra particolari ostacoli etici o giuridici, lo sviluppo tecnologico richiede(rebbe) comunque sia metodologie di *drafting* diverse da quelle tradizionali, legate (altresì) a differenti percorsi di costruzione delle regole a monte e a valle (modalità di codificazione[5] e formazione dei *rule makers*[6]); sia una organizzazione amministrativa del sistema sanitario che si definisca *resiliente*, ovvero in grado di resistere, assorbire, adattarsi e riprendersi dagli effetti di un "innesto normativo" in maniera efficiente e tempestiva, attraverso la protezione e il ripristino delle sue strutture e delle sue funzioni essenziali[7].

[3] *Ex plurimis*, sulla fecondazione assistita, VIOLINI 2014 e la dottrina ivi citata, più in generale: CHIEFFI, SALCEDO HERNANDEZ 2015.

[4] Sui trattamenti sanitari obbligatori si veda: D'ONOFRIO 2014, 303-323 e la bibliografia ivi citata; BERGAMI 2006, 243 ss.

[5] E ciò, fra l'altro, in linea con l'iniziativa europea *Legiferare meglio* (ri)lanciata dalla Commissione europea nel maggio 2015, che prevede una serie di misure volte ad accrescere la trasparenza del processo decisionale, migliorare la qualità della nuova legislazione con migliori valutazioni d'impatto dei progetti normativi, promuovere un riesame costante e coerente della regolazione vigente, garantendo il raggiungimento degli obiettivi nel modo più efficace ed efficiente grazie anche ad un modello di consultazione *bottom-up*, secondo il quale, dopo l'adozione di una proposta da parte della Commissione, qualsiasi cittadino o parte interessata disporrà di un congruo arco di tempo per fornire *feedback* che alimenteranno il dibattito legislativo nelle sedi deputate (disponibile in http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4988_it.htm). In tema di sanità (e ciò a qualunque livello di *governance*), dunque, gli input per la stessa codificazione dovrebbero/potrebbero essere dati dagli attori del sistema sanitario: medici, pazienti, ecc.

[6] «Il giurista sensibile al tema del rapporto tra diritto e scienze della vita è chiamato, oggi, quando s'impongano alla sua attenzione questioni rientranti nell'alveo di tale settore d'indagine, non solo ad adottare un approccio interdisciplinare; ben di più, come altrove sostenuto, egli è auspicabilmente tenuto ad operare nel senso dell'edificazione di un modello aperto e condiviso di scienza giuridica»: così CANESTRARI 2014, 8. Cfr. anche VIOLINI 2002, 1450 ss.

[7] Cfr. SALAZAR 2014, 256 in cui l'autrice fa riferimento ad un "complesso omeostatico", vale a dire un sistema in grado di autoregolarsi e di sapersi adattare alle variazioni ambientali. Nella Comunicazione COM(2014)216 dell'aprile 2014 sulle problematiche connesse all'attuazione dello *Hyogo Framework*, l'espressione resilienza assume diversi significati: disponibile in http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2014/IT/1-2014-216-IT-F1-1.Pdf: si parla di società resilienti, investimenti resilienti, resilienza delle città, resilienza alle catastrofi, approccio resiliente. Sul concetto di resilienza nelle pubbliche amministrazioni, cfr. MILLEY, JIWANI 2009, 55 ss. Sull'applicazione del concetto di resilienza nelle pubbliche amministrazioni che devono affrontare riforme e cambiamenti in contesti sempre più interconnessi, si veda MILLEY, JIWANI 2014, 803-808. Qui gli autori sottolineano, fra l'altro, come la resilienza offra una buona prospettiva per studiare le riforme (una prospettiva teorica riferita ad un modello ecologico derivato dalla teoria dei sistemi adattativi complessi), ma il suo potenziale contributo alla luce di un aumento della complessità dei moduli di governo non è stato ancora ampiamente studiato per cui non è facile stabilire se la configurazione di un'amministrazione resiliente dipenda dal modello di regolazione adottato, da nuovi margini di adattamento che le tecnologie attribuiscono alla P.A. o da caratteristiche intrinseche al modello burocratico: si può parlare, infatti, di "componente rigida" della resilienza, nella quale «prevalgono nettamente i caratteri di adattabilità utilizzabili al mutare "secco" delle condizioni di contesto. Shock ambientali e sociali che rompono le routine contribuiscono a far nascere nuove leadership e richiedono nuove forme organizzative [ma per le quali è da] escludere la possibilità per organizzazioni e istituzioni esistenti di dar vita a processi di change management a fronte di sollecitazioni di natura sistemica (e non meno shockanti negli effetti) come quelle attuali. [...] Questo fenomeno ha radici – e qui sta la componente rigida – nella

Le nuove tecnologie postulano, dunque, nuovi rapporti tra regole e sistema sanitario e tra soggetti che applicano quelle regole: le tecnologie, ad esempio, impongono un diverso modo di ragionare sulla tutela dei diritti mirata più specificamente alle esigenze dei pazienti[8]; le tecnologie condizionano l'applicazione di principi e istituti tradizionali[9]: si pensi al principio di proporzionalità e a quello della riservatezza, alla responsabilità e alla giustiziabilità delle declinazioni del diritto alla salute[10]; vanno diversamente modulati l'organizzazione amministrativa delle strutture erogatrici, la programmazione e impostazione dei servizi e i percorsi di cura (tanto di accesso, quanto di svolgimento), richiedendo appositi adattamenti volti a conciliare tanto lo scenario innovato quanto prassi consolidate[11].

È piuttosto evidente come l'adozione di nuove tecnologie e il progresso scientifico più in generale postulino molteplici profili di approfondimento, decisamente troppi e di importanza cruciale per essere circoscritti e affrontati nelle poche pagine di questo contributo in cui si vuole affermare che tecnologia e scienza vanno sicuramente normate: *ubi scientia ibi iura*[12], infatti. Con tale affermazione, tuttavia, non si vuole certo (ri)aprire un filone di critiche sulla iper-regolamentazione[13] quanto piuttosto sottolineare l'importanza – soprattutto in tempi di progresso scientifico – della "modulazione normativa": ovvero se si ravvisa la necessità di regolare, occorre allora operare in base alla specificità del settore, del

capacità di definire un'identità, un corredo valoriale che consenta a persone e organizzazioni di riconoscersi come corpus capace di processare e assimilare in chiave evolutiva le spinte al cambiamento che inevitabilmente caratterizzano i sistemi sociali e ambientali»: così ZAPPINI, ZANDONAI 2016.

8 CASONATO 2004, 841 ss.

9 Sui diversi concetti di tecnologie in sanità e tecnologie sanitarie cfr. FRANCESCONI 2007, 27-35.

10 Le tematiche sono riferite in modo generale anche al c.d. biodiritto. Il biodiritto segna un'area di convergenza per il diritto, un'area i cui «punti di partenza si spargono a ventaglio e si collocano a ogni angolo dell'esperienza umana, nei tanti punti in cui la nostra vita biologica interseca le scienze e le tecnologie», così BIN, BUSATTA 2014, 5.

11 Si pensi all'impatto sull'accesso e sull'organizzazione della c.d. ricetta digitale che dal 1° marzo 2016 ha avviato ufficialmente la sua era, come stabilito dal DCPM del 14/11/2015 *Definizione delle modalità di attuazione del comma 2 dell'articolo 13 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modifiche, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, in materia di prescrizioni farmaceutiche in formato digitale*. Si tratta di una misura che rientra nel fenomeno della dematerializzazione, avviata oramai da qualche anno. Le norme mirano, fra l'altro, a facilitare l'accesso ai farmaci ai cittadini che si spostano per studio o per lavoro, consentendo il ritiro in qualunque farmacia dei medicinali prescritti dal proprio medico. Allo stesso tempo, al fine di evitare che il *digital divide* possa creare nocumento all'effettività dell'accesso ai farmaci e all'utilizzo delle prescrizioni ambulatoriali, l'implementazione del nuovo (la ricetta elettronica) sarà affiancato per un periodo dal metodo tradizionale (rilascio di un promemoria cartaceo).

12 Efficace locuzione latina (che richiama la famosa massima *ubi societas ibi ius*) utilizzata da MORRONE 2014 a commento della sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale che annulla il divieto di fecondazione eterologa.

13 Si può partire – ad esempio – dalle critiche mosse da Giacomo Leopardi al legislatore francese, il quale nelle prime decadi del XIX secolo, definite "tempi matematici", viene accusato dal poeta filosofo, nello Zibaldone, di «geometrizzare tutta la vita, il mondo». LEOPARDI 1820, 190. Si veda, a commento: PRETE 2006, 93 ss.

servizio, del contesto e della particolare declinazione del diritto cui ci si riferisce, tenendo conto, altresì, del fatto che l'apposizione di queste regole non è facile essendo la materia (progresso scientifico) di natura transnazionale. Si daranno, dunque, casi per i quali la cornice normativa potrà e dovrà essere il più definita possibile e altri in cui tale cornice andrà solo tratteggiata.

Nelle pagine che seguono potranno, conseguentemente, trovare spazio *alcune* – e solo alcune – riflessioni su taluni dei punti appena delineati, rimandando ad altri scritti, ad altre voci, ad altri momenti i dovuti approfondimenti legati alla complessità della materia.

2. *La normazione della tecnologia in sanità e la tecnica di normazione in sanità: al di là del gioco di parole*

La normazione della tecnologia in sanità e la tecnica di normazione in sanità può sembrare un gioco di parole, ma non lo è. La normazione della tecnologia in sanità e la tecnica di normazione in sanità, infatti, pur essendo fenomeni assai diversi risultano spesso indissolubilmente collegati: basti pensare alla relazione fra l'elaborazione di buone norme e la bontà (nel senso di adeguatezza) della risposta in termini di regole per l'introduzione di nuove tecnologie nel settore sanitario. In altri termini, se è di fondamentale importanza per la *governance* di un sistema applicare tecniche di normazione avanzate[14], altrettanto importante è disciplinare l'uso delle tecnologie: del resto, così come la crescita economica dipende dal modo in cui sono regolati i mercati, parimenti nell'era del progresso tecnologico e scientifico l'esercizio del diritto alla salute dipende dalla cornice normativa e da come tali norme vengono costruite e applicate (tecniche normative)[15]. Come è

[14] La Corte costituzionale (sentenze nn. 364/2010, 200/2012 e 70/2013) ha sottolineato più volte come la mancanza di chiarezza da parte delle norme possa comportare un cattivo esercizio delle funzioni affidate alla cura delle pubbliche amministrazioni. Del resto, «il buon andamento della pubblica amministrazione costituisce un "valore obiettivo" dal contenuto complesso e che necessita di una costruzione articolata e composita che coinvolge diversi profili, dalla struttura organizzativa, all'attività, ai controlli, ecc.; affinché questo protendersi alla buona amministrazione sia possibile, bisogna che le previsioni normative siano comprensibili, poiché soltanto in questa maniera "l'attività amministrativa [potrà] persegu[ire] i fini determinati dalla legge" e vi potrà essere "sicurezza circa i comportamenti da adottare e i rapporti giuridici da far valere nello svolgersi della vita quotidiana in conformità ai dettati della Costituzione e delle leggi ordinarie con essa sintonizzate", evitando che i ritardi nel decidere possano compromettere tale sicurezza e l'accertamento di tale conformità»: così PICCHI 2013, 9 s. Sulla c.d. *better regulation* la dottrina è copiosa. *Ex plurimis*, nella più recente riflessione dottrinale, DE BENEDETTO et al. 2011; MORELLI 2011; FOSCHINI 2013 e la letteratura ivi richiamata; BETTINI 2000, 79 ss.; MIGNELLA CALVOSA et al. (eds.) 2015. Da ricordare, inoltre, il portale del *drafting* normativo ricco di riferimenti normativi e dottrinali sia italiani che esteri.

[15] Cfr. Direttiva PCM 26/02/2009. Peraltro, le tecnologie di per sé sono neutre; non sono «né buone né cattive, ma è l'individuo a renderle tali»: così SCHULZ 2015, 8.

stato giustamente sottolineato, peraltro, in generale la scienza coinvolge non poco il legislatore,

> «a cui viene chiesto di produrre norme che vogliano rispettare l'autonomia scientifica, garantendo i diritti fondamentali della persona, [quanto le amministrazioni e] i giudici, costituzionali e comuni, che [spesso] intervengono [...] a causa di leggi non rispettose dell'autonomia scientifica o addirittura per colmare vuoti legislativi»[16]

nonché per dare concretezza ad aspetti che le norme *ex se* lasciano indeterminati.

Evidenziato lo stretto legame che unisce la normazione della tecnologia e la tecnica di normazione in sanità, preme sottolineare l'attenzione che va posta sui diversi effetti che queste hanno sul diritto alla salute, sul suo esercizio e sulla sua tutela.

Infatti è ben diverso l'impatto sul diritto alla salute da parte di norme generali e di concetti giuridici indeterminati, piuttosto che di regole dettagliate e ad alto contenuto "tecnico"[17]. E ancora: una cosa è fissare norme sui soggetti aventi diritto ad una data prestazione, altra è codificare con dovizia di dettagli le modalità di esercizio del diritto. E ciò sia qualora occorra decidere *se e cosa* normare, sia qualora l'attenzione sia posta sul *come* normare. In altre parole, nel momento in cui si va a disciplinare la tecnologia e il progresso scientifico in sanità, vengono in rilievo tutte le problematiche classiche del potere decisionale e normativo[18] e se ne aggiungono altre o, quanto meno, alcuni profili si complicano. Si pensi al tema della procreazione medicalmente assistita (PMA) che ha trovato nella legge n. 40 del 2004 la sua sublimazione: la disciplina investe i profili generali, la programmazione dei servizi, la ricerca e la tipologia di intervento da un punto di vista soggettivo e oggettivo, le decisioni di bilancio[19], la discrezionalità delle amministrazioni sanitarie in campo, la tutela giurisdizionale del diritto e così via[20]. L'alto livello di *tecnicalità* connesso alla materia ha determinato le note e complicate vicende che hanno interessato in Italia la costruzione del tessuto normativo, la sua applicazione e infine la sua pressoché totale demolizione in alcune parti: il potere del

[16] D'AMICO 2015, 2.

[17] Sui concetti giuridici indeterminati e la discrezionalità tecnica, cfr. COGNETTI 1993, *passim*; VENEZIANO 2005; BERTOLDINI 2006, 305-307.

[18] Cfr., *ex multis*, MODUGNO 1970a, 148 ss.; MODUGNO 1970b; MODUGNO 1973, 872 ss.; MODUGNO 2007, 3 ss., e sull'autolimitazione della funzione legislativa e delegificazione, 23 ss.

[19] In generale sul rapporto tra diritto alla salute e decisioni di bilancio, si veda ROVERSI MONACO, BOTTARI (eds.) 2012, *passim*; DE ANGELIS 2015, in part. 369 ss. Riguardo alle decisioni di bilancio per la PMA e dunque a politiche di sostegno o contrazione degli interventi in questo campo, cfr. Ministero della Salute, *Relazione del Ministro della Salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita (legge 19 febbraio 2004, n. 40, art. 15)* del 26/06/2015, disponibile in http://www.iss.it/binary/rpma/cont/C_17_pubblicazioni_2379_allegato.pdf, 17-21.

[20] Sul tema della PMA e su tutte le vicende relative alla qualità dell'impianto normativo, all'applicazione della disciplina e ai suoi effetti si è scritto molto. Si rimanda alla dottrina specializzata e, in particolare, sul tema più generale del rapporto fra regole tecniche e trattamenti sanitari, si veda *supra*, nt. 4.

legislatore, infatti, si è espresso non solo anacronisticamente rispetto alle possibilità offerte dal progresso scientifico nel campo e alle corrispondenti aspettative dei pazienti interessati, ma lo stesso impianto normativo è risultato in diversi punti lesivo del diritto alla salute costituzionalmente tutelato e, laddove lasciava spazio a una disciplina secondaria di dettaglio, la sua applicazione ha poi inciso pesantemente sull'esercizio del diritto alla salute degli interessati, mettendo a dura prova anche i giudici chiamati a decidere sul pregiudizio che quelle regole tecniche arrecavano[21]. Nel complesso, dunque, la tecnica normativa utilizzata per disciplinare la materia (decontestualizzazione sociale, principi e obiettivi della legge non chiaramente definiti e dunque in conflitto, contraddittorietà rispetto a questioni tecnico-scientifiche, ecc.) è stata fallimentare e conseguentemente la qualità della legge in definitiva si è rivelata limitata.

2.1. *Tecnologie da normare: come e quando*

Rispetto alla tutela dei diritti non rileva unicamente la qualità sostanziale della normazione[22]. Un altro dei profili importanti è collegato al momento in cui intervenire con la regolamentazione. Non solo, quindi, *come* normare (norme più o meno dettagliate, riferimenti a standard internazionali, ecc.), ma anche il *quando* risulta fondamentale. Non può non essere cruciale porsi il problema della normazione ogni volta che le biotecnologie avanzano con un nuovo prodotto, la sperimentazione medico-farmacologica procede, la robotica apporta miglioramenti: infatti, di fronte ai progressi delle scienze, della tecnologia, come ad esempio,

> «dinanzi all'attuale sviluppo della robotica è difficile allontanare la sensazione che le norme giuridiche già esistenti siano inadeguate e insufficienti per regolare in tutte le sue implicazioni l'interazione tra gli uomini e queste macchine, all'evidenza "diverse" da tutte le altre».

Si prenda il caso in cui l'intelligenza artificiale prospetti il potenziamento delle capacità umane non per mezzo di un intervento chirurgico che va a modificare il corpo, bensì attraverso

> «l'attivazione del *continuum* uomo-macchina reso possibile da peculiari dispositivi – come i

[21] Sulle problematiche della tecnica normativa sull'argomento, si rimanda al contributo di MALAISI 2016, 89-118.

[22] Merita sottolineare che «una produzione normativa di qualità costituisce un elemento di trasparenza e di certezza del diritto, nonché un fattore determinante per la buona amministrazione, la crescita e lo sviluppo economico del Paese, nella prospettiva di una sempre maggiore rispondenza ai mutamenti del contesto socio-economico, anche in ragione delle dinamiche delle comunità democraticamente ed economicamente più avanzate, del processo di globalizzazione dei mercati e di un rafforzamento della legittimazione degli organi decisori»: così PICCHI 2012, 4.

> sintetizzatori vocali o le *Brain Computer Interfaces* – in grado di creare interconnessioni tra un "cervello" umano e un "cervello" elettronico, al fine di consentire la comunicazione a malati coscienti ma non più in grado di esprimersi con la parola, i gesti o la scrittura»[23]:

come non chiedersi se la normazione di tutte le problematiche connesse (responsabilità per le azioni, ecc.) vada fatta prima o dopo che si conoscano le reali potenzialità dell'applicazione e gli effetti delle nuove tecnologie. E ancora: si supponga che nel breve futuro i c.d. *personal robot*[24] siano in grado di svolgere azioni con autonomia e capacità cognitive – cioè azioni non preimpostate in memoria, azioni dunque che risultano figlie di decisioni assunte dalla macchina in base all'elaborazione delle informazioni acquisite – e come conseguenza di tali azioni ci sia un pregiudizio a cose o a persone: ebbene, in questo come in altri casi

> «vi è la necessità di offrire protezione ai diritti dei cittadini quali consumatori alle prese con un prodotto tecnologico particolarmente sofisticato. A questo fine, è vero che possono essere applicate le norme già vigenti aventi ad oggetto le macchine, ma non è detto che queste coprano ogni eventualità»[25].

Orbene, con tale argomentazione non si vuole lasciare che la tradizione limiti lo spazio per le novità, ma si intende sostenere che occorrerebbe costruire concretamente la disciplina solo allorquando la tecnologia comincia a produrre nuovi effetti non riconducibili alle norme in vigore onde evitare – peraltro – ridondanze.

[23] SALAZAR 2014, 257 e ivi si veda il richiamo (*supra*, nt. 8) alle problematiche presentate da PIZZETTI 2011, 31 ss.

[24] «Con il termine robot ci si può riferire a qualunque macchina, non necessariamente antropomorfa, che risulti dotata della capacità di acquisire dati ed informazioni dalla realtà circostante attraverso "sensori" tecnologici, di elaborarli mediante appositi software e di agire in modo conseguente»: così SALAZAR 2014, 259.

[25] SALAZAR 2014, 260. Potrebbe verificarsi, ad esempio, secondo l'autrice, l'ipotesi di un qualche difetto di fabbricazione o di una negligenza del venditore che influiscano sul funzionamento della macchina ovvero, qualora il danno sia subito non già dall'acquirente del robot ma da un terzo, andrebbe accertato anche se il proprietario abbia adottato o meno tutti gli accorgimenti necessari a mantenere il robot in buono stato. Potrebbe però succedere che il robot abbia funzionato correttamente e *proprio per questo* abbia determinato il danno: l'intelligenza artificiale elabora le informazioni come e in certi casi in maniera più efficace di quanto faccia l'uomo, ma è priva della stessa *flessibilità* tipica dell'uomo, non avendo la capacità di riorganizzare se stessa e di attingere a quanto "appreso" se non entro i limiti determinati dagli algoritmi che la governano. Conseguentemente diviene difficile comprendere come far valere la responsabilità per l'eventuale danno prodotto, risultando assurdo il pensare di addossarla al robot. In tali casi, da un lato, si potrebbe procedere con l'aggiornamento delle normative vigenti sulle "macchine-beni di consumo" al fine di imporre ai produttori delle *macchine intelligenti* l'inserimento di una "scatola nera" nell'*hardware*, in modo da facilitare l'accertamento delle cause di errori e malfunzionamenti (in tale direzione si sono espressi proprio gli studiosi del Progetto *RoboLaw*); dall'altro, si può prevedere che chi acquisti o utilizzi i *robot intelligenti* sia tenuto a stipulare un'assicurazione sulla responsabilità civile simile a quella – come ricorda l'autrice – introdotta per i droni da un regolamento Enac approvato nel 2013, calibrata sulla "tipologia" delle funzioni che la macchina è in grado di svolgere.

Conseguentemente, la normazione deve essere inizialmente flessibile e solo nel momento in cui gli esiti della innovazione tecnologica si saranno stabilizzati potrà risultare utile un impianto regolatorio più cogente. Quindi regole in minore quantità, ma di migliore qualità: *non si può geometrizzare tutta la vita*, anche in considerazione del fatto che normare ogni suo aspetto potrebbe porsi contro le esigenze dei pazienti, fino a ledere i loro diritti[26]. Del resto, è davvero sempre necessario fissare regole giuridiche? La loro rigidità non può essere forse un ostacolo all'esercizio del diritto? Le regole calate dall'alto, dal legislatore e dai provvedimenti delle amministrazioni pubbliche non sono in taluni casi troppo invasive rispetto alla specificità di situazioni cliniche e organizzative spesso assai diverse una dall'altra? Meglio che "il diritto alla salute nell'era della tecnologia" sia un diritto costruito su clausole normative generali, che lasciano grande spazio all'opera delle amministrazioni specializzate, dei professionisti e dei giudici? La disciplina deve essere forse eminentemente giurisprudenziale o di tipo persuasivo?[27] Il giudice e il giudizio sono rimedi validi di fronte all'applicazione di norme tecniche applicate a situazioni in cui la tecnica e la tecnologia hanno un ruolo preponderante?[28] Si tratta di quesiti le cui risposte sono cruciali per definire la cornice di azione cui riferirsi per giustapporre progresso tecnologico e diritto alla salute.

2.2. *Regolazione tecnica e adattamento resiliente: dalla* soft law *alla partecipazione dei pazienti. Alcune note*

Se è pressoché indubitabile che il diritto alla salute risulti condizionato dalla tecnica legislativa e dalla presenza di regole tecniche, è interessante altresì chiedersi se e come il progressivo aumento di norme di rango non primario incida sulla tutela dei diritti dei pazienti. Anche tale profilo merita un approfondimento che non può trovare spazio in queste pagine e dunque ci si limiterà ad alcune osservazioni di carattere generale.

[26] Si pensi a tutta la problematica dell'accanimento terapeutico, della regolazione del "fine vita" e dell'esempio – su tale ultimo tema – del c.d. caso Englaro sul quale la giurisprudenza si è espressa più volte. Da ultimo si veda T.A.R. Lombardia – Milano, sentenza n. 650/2016 con cui il giudice condanna la Regione Lombardia al risarcimento dei danni per il rifiuto di ottemperare a provvedimenti dell'autorità giudiziaria che ordinavano l'interruzione dell'alimentazione artificiale; il risarcimento in tal caso spetterebbe non solo per il danno patrimoniale, ma anche per il danno *iure hereditatis* per lesione dei diritti fondamentali e per il danno non patrimoniale da lesione di rapporto parentale. In generale sul tema dell'accanimento terapeutico e le questioni del fine vita cfr. i contributi di CALABRESI 2014; PASCUCCI 2014; CAMPIONE 2014; D'ONOFRIO 2014, e la bibliografia ivi citata.

[27] Si fa qui riferimento alla c.d. *nudge regulation*. «Quando si parla di *nudge* (termine che, tradotto alla lettera, significa "leggera spinta", o "pungolo", o "spinta gentile"), si prende in considerazione l'insieme degli strumenti, prevalentemente basati sull'informazione, che i poteri pubblici potrebbero mettere in pratica per promuovere determinati comportamenti ritenuti (dallo stesso regolatore) desiderabili»: così CANDIDO 2012, 1.

[28] CORTESE, PENASA 2015.

L'affermazione e l'utilizzo sempre più consistente delle tecnologie – insieme a fattori di natura storica, politica, economica e sociale – ha contribuito a creare le condizioni per lo sviluppo di formule e tecniche normative meno tradizionali. Si tratta per lo più di nuovi strumenti di regolazione (*soft law*) che sembrano meglio adattarsi alla complessità della società moderne e più adeguate per dare risposte a problematiche attuali connesse con la globalizzazione e l'interdipendenza dei mercati, delle istituzioni e delle collettività[29]. In altre parole, laddove è difficile legiferare, può risultare più opportuno normare con *soft law* piuttosto che non normare, pur sempre in attesa che si esplichino gli effetti delle nuove tecnologie e si possa procedere a fissare eventuali regole vincolanti[30].

In questo solco possono ascriversi l'approvazione di carte dei diritti degli utenti[31], come la *Carta dei diritti di internet*[32], o nuove regole di etica e deontologia da inserire con la finalità di adeguamento a realtà progredite secondo canoni meno tradizionali:

[29] Secondo la dottrina, si configurano come strumenti di *soft law* (*droit mou, diritto attenuato, diritto morbido*) quel complesso di fonti, tecniche regolamentari e precetti di natura atipica che le istituzioni (statali, internazionali e comunitarie) hanno cominciato ad utilizzare di fronte alla obiettiva inadeguatezza dei tradizionali strumenti di produzione giuridica a porre regole in grado di dominare e gestire la realtà contemporanea e dare, dunque, potenzialmente una "efficacia giuridica tangibile ed effettiva" in relazione alle peculiarità del fenomeno considerato. Si consideri, infatti, che «il diritto è uno strumento molto più rigido e lento rispetto alla flessibilità e rapidità evolutiva di sottosistemi come, in particolare, quello scientifico-tecnologico e quello economico, che sono dotati di una elevata capacità di autoprogrammazione e di autocorrezione. Da qui deriva la crisi inflattiva del diritto, che porta con sé svalutazione, ridondanza e instabilità normativa e, alla fine, impotenza regolativa»: così ZOLO 2002, 59. Sulla crisi della legge come strumento principe per disciplinare la società complessa, multiforme e mutevole contemporanea, cfr. *ex multis*, MODUGNO (ed.) 2000.

[30] Le regole del *drafting* insegnano, infatti, che non sempre "conviene" disciplinare in tal modo: cfr. *supra*, nt. 14. Per una analisi del ruolo svolto dal *soft law* nel contesto dell'attuale mondo globalizzato, si veda FERRARESE 2000. Qui e in altri scritti, l'autrice rinviene il fondamento del *soft law* nell'efficacia pratica e nella legalità, e parla di «giuridicità camaleontica, dal carattere spiccatamente adattivo e teleologico»: «se le forze private del mercato utilizzano modalità e moduli semi-ufficiali per dare regole alle transazioni commerciali, le stesse istituzioni pubbliche inventano nuovi strumenti "quasi-normativi" per aggirare le difficoltà di un circuito giuridico allargato ma ancora ostacolato da importanti barriere. L'esempio dell'Unione Europea illustra molto bene questa tendenza: in ambito comunitario si è diffuso l'uso di uno strumentario che non ricade nelle classiche categorie giuridiche e sembra indirizzato verso finalità pratiche, specie comunicative: Comunicazioni (della Commissione), linee-guida, direttive-cornice e, più in generale, "regole di condotta che, in linea di principio, non sono dotate per legge di forza vincolante, ma che, nondimeno, possono produrre effetti pratici" [SNYDER 1993a, 19]. Questo *soft law*, com'è stato chiamato, è dunque indirizzato innanzi tutto verso un fine pratico, "di efficacia, e poi forse a quello di legalità, e comunque ad entrambi a dispetto della legittimità" [SNYDER 1993b]», così FERRARESE 1998, 27 ss.

[31] Sulla tematica delle Carte dei diritti degli utenti si veda, da ultimo, CERIONI 2014, 302 ss. e ivi ampia bibliografia citata.

[32] Il documento (14 articoli in cui trovano maggiore spazio e articolazione il diritto d'accesso, l'educazione alla rete, la tutela dei dati personali, identità e anonimato) è stato messo a punto da una commissione (disponibile in http://www.camera.it/leg17/1179) nell'ambito della quale parlamentari, esperti, *stakeholders* e società civile si sono confrontati in modo aperto, acquisendo opinioni e pareri grazie ad una consultazione pubblica. Per una riassuntiva panoramica della Carta si veda http://www.agenziafarmaco.gov.it/it/content/diritti-e-doveri-sul-web-la-carta-dei-diritti-su-internet-%C3%A8-diventata-realt%C3%A0.

etica, diligenza, comportamento degli attori da modulare di fronte alle tecnologie (soprattutto per i professionisti della salute) allo scopo di fornire un tessuto valoriale favorevole all'introduzione di assetti normativi, organizzativi e di sistema nuovi. Ad esempio, il recente rinnovamento del codice di deontologia medica[33], nel riaffermare con forza che le competenze diagnostico-terapeutiche sono del professionista e nel sottolineare l'inderogabilità del suo apporto personale, sembra ancora ancorato al passato. Il codice novellato, infatti, lascia trasparire timore nei confronti della tecnologia: è vero che il professionista facendo uso dei sistemi telematici non può sostituire la visita e la relazione diretta con il paziente con un rapporto prevalentemente virtuale, ma è altrettanto vero che la tecnologia – e più in generale la scienza – stanno migliorando le capacità di diagnosticare e curare le malattie a vantaggio dei pazienti e dunque vi sarebbe piuttosto da stimolare l'obbligo morale di conoscere e trarre il massimo vantaggio da tutto quello che la tecnologia (non solo quella dell'informazione) porta di positivo e scientificamente valido tanto nella medicina quanto nell'organizzazione delle cure e del sistema sanitario nel suo complesso[34].

L'approccio *soft* della regolazione consente di esplicare al massimo la portata dei principi e dei diritti costituzionalmente garantiti e di governare meglio l'impatto delle novità tecnologiche, permettendo a tutti gli attori del sistema un *adattamento resiliente*. Ciò comporterebbe anche l'amplificazione del ruolo attivo del paziente, il quale andrà a contribuire sempre più alla costruzione delle regole[35]. L'acquisi-

[33] Il Codice è disponibile in http://www.privacy.it/2014_NuovoCodiceDeontologiaMedica.pdf. Si vedano in part. gli articoli sulle tecnologie informatiche (art. 78) e l'organizzazione sanitaria (art. 79).

[34] Sull'impatto delle neuroscienze sul diritto, si veda: SANTOSUOSSO (ed.) 2009. In questo volume ci si chiede se – in considerazione del fatto che le neuroscienze attivano una prospettiva scientifica sorprendente che ha effetti anche nel campo del diritto svelando le correlazioni tra attività mentale e sostrato biologico – l'apparato teorico-giuridico sia ancora adeguato e/o se sia necessario elaborare concetti e soluzioni del tutto nuovi. Ad esempio: di fronte a tecniche come il *brain imaging* o il *brain fingerprinting*, gli studiosi intervenuti nel volume sono divisi tra chi pensa che le neuroscienze possano consentire il superamento di categorie come il libero arbitrio e chi pensa che le novità scientifiche possano essere ricondotte ad istituti preesistenti.

[35] Una interessante fotografia delle diverse modalità di partecipazione degli utenti in sanità che ne evidenzia il coinvolgimento si trova in: Ministero della salute, *Il coinvolgimento dei cittadini nelle scelte in Sanità*, Documento n. 10/2005 (aggiornato dicembre 2008), disponibile in http://www.snlg-iss.it/cms/files/LG_partecipazione.pdf. Ancora in merito a strumenti e istituti che consentono un ruolo più attivo del paziente nel sistema sanitario anche alla luce delle nuove tecnologie si veda Osservatorio e-Health e-Sanit@, *Sanità digitale e marketing. Riposizionare i servizi per riprogettare l'esperienza del paziente*, Quaderno n. 3/2015 dove a fronte del quadro normativo nazionale si trovano le *best practices* e le esperienze sul territorio; sono evidenziati i *trends* dell'innovazione digitale in sanità e la correlata evoluzione comportamentale del paziente (*Patient Empowerment* e *Patient Education*). Da notare altresì argomenti come l'identikit del "paziente 2.0" e il *digital story telling* sanitario sui *social*. Quest'ultimo strumento collegato all'ascolto del paziente, della sua esperienza della malattia e dei suoi bisogni (strumento riferibile alla c.d. medicina narrativa) rappresenta anche uno degli oggetti principali della *Carta dell'ascolto e della partecipazione del paziente*, un documento programmatico presentato in Senato nel dicembre 2012 (la Carta è disponibile su www.viverlatutta.it). Cfr. DE ANGELIS 2016, 97 ss. Più in generale sull'uso della telematica e delle tecnologie da parte della P.A. nei rapporti con gli amministrati, si veda, da ultimo: COSTANTINO 2016, 242-260.

zione da parte del paziente di un *ruolo tecnico* ben si coniuga con la diffusione della telematica e delle tecniche di cura ad alta tecnologia: le tecnologie indossabili o i percorsi di cura riferiti al c.d. *family learning*[36] – ad esempio – prevedono sistemi di controllo permanente a distanza del paziente (includendo l'assistenza per via robotica) e sistemi di *feedback* guidati dallo stesso paziente[37]. "L'educazione alle nuove tecnologie" risulta dunque un elemento chiave per costruire consapevolezza dei vantaggi e dei rischi che il progresso tecnologico e scientifico comporta, vantaggi e rischi che influenzano l'intero rapporto sistema sanitario-paziente: dalla tutela stessa del diritto alla salute alla relazione medico-paziente; dall'accesso alle cure alla *territorialità* dell'erogazione[38]. Strumenti come la tessera sanitaria, la cartella clinica elettronica, la prenotazione di prestazioni e farmaci e refertazione *online*, il *cloud computing*, i *social media* e la *mobile technology* possono veramente cambiare i paradigmi delle risposte da parte del sistema sanitario ai bisogni dei suoi utenti. Grazie altresì ad un tessuto amministrativo e operativo generale[39] rivolto alla logica dell'*open government*, alla effettiva semplificazione delle procedure, alla "gestione in rete"[40] e quindi alla condivisione e alla partecipazione. In altre parole, l'apporto del progresso tecnologico e scientifico dovrebbe muoversi su

[36] Sul *family learning* e l'uso conseguente delle tecnologie, si veda: BRONZINI, VICARELLI 2009, 182-193; VICARELLI 2012, 187-195.

[37] Sui progetti relativi alle tecnologie indossabili si veda: il progetto Cyberlegs, un progetto finanziato a livello comunitario che consente una migliore qualità della vita a soggetti con gli arti invalidati, disponibile in http://www.sssup.it/news.jsp?ID_NEWS=4993&GTemplate=default.jsp; o il progetto m-RESIST, un progetto finanziato sempre dall'Europa per l'utilizzo della tecnologia indossabile al fine di curare la schizofrenia (disponibile in http://www.tech2wearmag.com/2015/04/la-tecnologia-indossabile-contro-la-schizofrenia/).

[38] Cfr. CENSIS-FORUM PER LA RICERCA BIOMEDICA 2011, 12; TORRICELLI 2008.

[39] «En relación con la Administración Pública, la tecnologización de su organización y de sus procedimientos de actuación nos sitúa ante un eventual cambio de paradigma en la concepción de las relaciones entre esta y los ciudadanos. Efectivamente, la Administración surgida tras la Revolución Francesa, entendida como la organización burocrática fuertemente jerarquizada con la encomienda monopolística de la labor de concretar el interés general y de ejecutar la ley, está dando paso a una Administración, fruto de la Revolución Tecnológica, cuyas notas características tradicionales se están diluyendo en beneficio de una mayor participación de los ciudadanos en la gestión de la cosa pública, y de una flexibilización en la burocracia interna y externa»: MARTÍN DELGADO 2016, 5.

[40] Sulla gestione in rete in sanità, cfr. VISIOLI 2006. Va sottolineato che l'organizzazione a rete risulta ancora piuttosto indefinita in termini giuridici, ma si rivela utile sul piano descrittivo, perché mette in rilievo il fenomeno (riscontrabile nel servizio sanitario italiano) in base al quale «il potere pubblico, avendo perso le caratteristiche di unità e di compattezza proprie dell'assetto originario, si presenta come un conglomerato di amministrazioni non collegate tra loro e poste in posizione asimmetrica, che agiscono seguendo itinerari diversi e ispirandosi a problematiche differenti [...]. In esso intervengono più soggetti che sono portatori di interessi diversi, interagendo l'uno con l'altro e scambiandosi risorse e informazioni nella prospettiva [...] di un fine comune. Nell'ambito di tale processo non vi è [...] un organismo che si pone come centro dell'organizzazione; [...] l'esercizio della funzione viene attribuito a soggetti non soltanto pubblici ma anche privati, accentuando così l'interdipendenza tra la sfera pubblica e quella privata secondo una concezione multilaterale dell'attività pubblica» stessa: così FRANCHINI, VESPERINI 2009, 115 s.

schemi e percorsi non tradizionali: e ciò vale tanto per il *rule-making* quanto per la *governance* e la pratica sanitaria. Buone prospettive di miglioramento – soprattutto sul versante della razionalizzazione delle risorse e della intercettazione dei bisogni dei cittadini – vengono, in effetti, dall'uso sempre più massiccio dell'*eHealth* e dell'*e-government*. I servizi riconducibili a tale area in campo sanitario sono già abbastanza diffusi, ma esistono amplissimi margini di crescita: ad esempio l'applicazione di supporti innovativi utili – come *forum*, *blog*, *chat* – per finalità come il contenimento delle liste di attesa e la soddisfazione degli utenti presenta ancora vaste possibilità di sviluppo.

3. *I tecnici in azione: le amministrazioni e i giudici*

La normazione della tecnologia e le tecniche di normazione portano a riflettere sugli attori che costruiscono e applicano le norme. In una società governata da processi complessi e alimentata dal progresso tecnologico e scientifico, si possono rilevare cambiamenti per soggetti e procedure nella formazione delle "norme tecniche" e nelle *policies* regolatorie.

Rispetto ai soggetti, va sottolineato che la delicatezza che la funzione regolatoria assume in determinati casi richiede, spesso, che essa venga affidata a soggetti neutrali, sottratti all'arbitrio della maggioranza e della politica in generale (autorità per la cura di interessi tematici). Da qui, come è ben noto, la tendenza ad attribuire a specifiche autorità funzioni di *regulation* (intese come insieme di poteri normativi, amministrativi e giustiziali)[41].

Nell'ordinamento sanitario italiano non si riscontrano vere e proprie *regulatory agencies*[42]. Tuttavia, di fatto, il ruolo di soggetti non tradizionali e comunque ad alta specializzazione nella messa a punto di norme per il settore sanitario è

[41] Per funzione di *regulation* o funzione di regolazione secondo l'Ocse si intende: «the diverse set of instruments by which governments set requirements in enterprises and citizens» (OCSE 1997). Per una ricostruzione della nozione di regolazione, si veda LA SPINA, MAJONE 2000, 23 ss. Sul rapporto tra tale funzione e la qualità delle norme cfr. DI BENEDETTO 2005, 73 ss.; RAVERAIRA 2006. Qui l'autrice sottolinea che in un mondo come quello attuale governato da processi di aziendalizzazione, privatizzazione, globalizzazione si sta «privilegiando una funzione di regolazione. Tale funzione peraltro non si esaurirebbe nell'adozione di un atto legislativo normativo, ma sarebbe volta a porre in essere un controllo [...], "prolungato e focalizzato" dell'attività [...] da regolare, di valutazione degli interessi in gioco, di aggiustamento delle regole alle circostanze. [...] Ne deriverebbe pertanto la necessità di attribuire tale funzione ad organismi *ad hoc*, i quali, in forza della legge che li istituisce, siano competenti per una materia circoscritta; siano di elevata specializzazione per poter meglio comprendere i nuovi problemi determinati dalla rapida evoluzione tecnologica, organizzativa ed economica e poter individuare le soluzioni più adeguate; siano indipendenti, anche se non per questo impermeabili, dalla politica dei partiti e dagli interessi dei gruppi "regolati"» (RAVERAIRA 2006, 3 s.).

[42] Si veda sulla nascita delle *regulatory agencies*, D'ALBERTI 1992, *passim* e più in generale da ultimo, TITOMANLIO 2007 e ivi la bibliografia citata.

cresciuto nel corso del tempo[43], soprattutto se si guarda alla progressiva *sovranazionalità* della sanità e all'apertura delle frontiere europee che le stesse tecnologie mettono più facilmente a disposizione dei pazienti[44]; senza dimenticare che la tecnologia, di per sé, non si presta ad una regolazione territorialmente limitata avendo una dimensione transnazionale.

È vero che l'organizzazione dei sistemi sanitari, la pianificazione dell'offerta di assistenza, le modalità di finanziamento rientrano nella competenza degli Stati membri, ma è altresì vero che tali aspetti vengono inquadrati sempre più in un impianto normativo generale, su cui incidono fortemente le politiche comunitarie (ricerca, libera circolazione delle persone e dei servizi, sostenibilità delle finanze pubbliche). Conseguentemente, anche al fine di raggiungere quanto prima una armonizzazione nell'offerta di servizi sanitari, basata su norme condivise, gli Stati membri si sono dotati di enti sopranazionali che fissano regole su diversi aspetti della sfera del diritto alla salute: ad esempio i processi di cura e segnatamente il caso delle terapie farmacologiche. È del 1995, infatti, la costituzione del sistema europeo di approvazione dei medicinali con l'istituzione dell'*European Medicines Agency* (EMA): con tale agenzia sono stati fatti progressi significativi nell'unificare e migliorare le pratiche regolatorie e nel razionalizzare il percorso necessario al fine di rendere disponibili i farmaci per il loro utilizzo[45]. Attraverso l'EMA, che sovrintende a una serie di procedure regolatorie, gli Stati membri contribuiscono in vario modo a costruire un sistema di norme specifico, grazie

[43] Si pensi agli interventi del Garante della privacy rispetto alla tutela dei dati sanitari (cfr. da ultimo: Autorizzazione n. 2/2013, *Autorizzazione al trattamento dei dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale*), dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato rispetto alla concorrenza nel settore (*ex plurimis*, Segnalazione del 26/06/1998 relativa a *distorsioni della concorrenza causate da alcuni aspetti della riforma sanitaria introdotta dal decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502*) e dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) per i profili della corruzione. Per quel che riguarda l'attività dell'ANAC in sanità si veda, in particolare, la Determina n. 12/2015, con cui sono stati messi e a disposizione delle regioni e delle aziende sanitarie strumenti per migliorare la capacità di pianificazione strategica per una corretta gestione delle risorse, e le *Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali*, 2016, disponibili in http://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/ Attivita/ Atti/ determinazioni/2016/32/ AIRdel.32.2016%20.pdf.

[44] «Una maggiore consapevolezza delle trasformazioni tecnologiche e produttivistiche delle società contemporanee in continua evoluzione e soggette alle poderose spinte di una globalizzazione senza regole ha indotto [...] il più recente costituzionalismo [...] ad assicurare ampio spazio, sotto la spinta delle suggestioni offerte dal diritto transnazionale (elaborato dalla FAO e dall'UNESCO), proprio alle aspettative di una maggiore sufficienza e sicurezza alimentare, attraverso un suo esplicito richiamo all'interno del rispettivo tessuto normativo»: così CHIEFFI 2014, 50. Ed infatti, nel 2002, viene istituita l'Autorità europea per la sicurezza degli alimenti (EFSA) che ha l'obiettivo di fornire agli organi di governo europei «pareri scientifici e consulenze specialistiche», indispensabili per consentire a questi ultimi l'assunzione di «decisioni tempestive ed efficaci nella gestione del rischio"»: disponibile in http://www.efsa.europa.eu/it/.

[45] Cfr. il sito http://www.ema.europa.eu/ema/. Per un elenco sulle autorità regolatorie in tema di medicinali a livello internazionale si veda il sito http://www.agenziafarmaco.gov.it/it/content/ istituzioni-regolatorie-una-collaborazione-internazionale-fronteggiare-l%E2%80%99ebola, e in particolare la nt. 1.

anche alla designazione di esperti che lavorano su dossier *ad hoc* e interagiscono con le società scientifiche e i pazienti, promuovendo linee guida e/o programmi condivisi[46] che le amministrazioni degli Stati membri andranno ad applicare.

L'incidenza del diritto europeo sull'*expertise* tecnica delle amministrazioni sanitarie nazionali[47] va, tuttavia, oltre i percorsi definiti dalle autorità di regolazione perché la europeizzazione di taluni diritti necessita di un impianto regolatorio fissato a diversi livelli, ma con caratteristiche comuni e ciò per rispettare la sostanza della cittadinanza europea e per darle concretezza: si pensi alle prestazioni sanitarie connesse alla c.d. mobilità del paziente. A tal fine vanno sostenute tutte le iniziative, le azioni comuni e le sinergie volte a raccordare norme comunitarie e norme nazionali e le attività sempre più incisive delle amministrazioni e degli organi di controllo[48]: ciò potrebbe costituire nel medio periodo una delle strategie vincenti mirate a coinvolgere i diversi attori del sistema nell'opera di miglioramento dei servizi sanitari e di soddisfacimento dei bisogni di cura del cittadino europeo. Quest'ultimo si muoverà sempre più in un contesto in cui il progresso scientifico allarga i confini della "nazionalità sanitaria" e attiva quei fenomeni di resilienza amministrativa in grado di non stravolgere le caratteristiche nazionali di ogni sistema sanitario[49].

Fra gli attori, un ruolo fondamentale è da attribuirsi ai giudici, tanto quelli ordinari quanto gli amministrativi. Con l'aumento del loro impegno nella tutela del diritto alla salute e nonostante i non pochi episodi di liberalizzazione ed esternalizzazione nel settore sanitario che hanno spostato l'asse di interesse dell'intervento tradizionale del giudice amministrativo[50], anche l'intervento dei giudici risulta

[46] Una delle caratteristiche principali dell'EMA è stata, sin dalla sua fondazione, l'interazione con tutte le parti interessate, riconoscendo il valore aggiunto degli interlocutori in quanto arricchiscono le decisioni normative integrandole con il punto di vista di coloro che sono direttamente coinvolti dagli effetti delle medesime decisioni. Con il tempo si è registrato il crescente coinvolgimento dei rappresentanti della società civile (pazienti, consumatori, utenti e operatori del sistema sanitario) su tutte le attività dell'Agenzia, sia in qualità di esperti in ambito terapeutico, sia come persone in rappresentanza delle rispettive associazioni.

[47] Sul ruolo delle amministrazioni nazionali in funzione comunitaria anche al fine dell'integrazione dei sistemi amministrativi e dell'armonizzazione degli effetti nell'applicazione delle norme, si veda, *ex multis*, CASSESE 2010, e in part. 363 ss.; SALTARI 2007, in part. 303 ss.

[48] Sullo sfondo della direttiva sulle cure transfrontaliere, è partita – ad esempio – la terza azione comune per la valutazione delle tecnologie sanitarie (EUnetHTA 3-2016/2019) che mira a spianare la strada per la cooperazione sostenibile in *Health Technology Assessment* (HTA) in Europa. L'obiettivo specifico di tale azione comune, che comprende 75 partner provenienti da 27 paesi europei (rappresentanti delle organizzazioni di HTA, università, gruppi di pazienti, regolatori, medici, industrie) è quello di rafforzare la cooperazione tra gli organismi di HTA nell'UE e aumentare e migliorare il lavoro congiunto.

[49] Qui rileva la c.d. componente rigida della resilienza definita *supra*, nt. 7.

[50] Il riferimento va anche al giudice contabile che interviene per valutare la bontà delle operazioni di esternalizzazione nel settore sanitario e al giudice del lavoro con riferimento alle controversie in tema di esternalizzazioni, ecc. Cfr. Corte dei Conti, Sez. Calabria, *Relazione sull'assistenza sanitaria e ospedaliera*, 2006, disponibile in http://www.corteconti.it/export/sites/portalecdc/_documenti/controllo/calabria/

influenzato dalle tecnologie e dal progresso scientifico: e non si fa qui riferimento alle modalità di lavoro nell'ambito dei processi, ma al fatto che l'avvento della tecnologia ha contribuito a modificare le categorie della "vincolatività" e della "discrezionalità"[51] dell'azione degli attori di un sistema sanitario. Di conseguenza, da un lato, diventa forte l'esigenza di tracciare nuovamente quel delicato confine tra discrezionalità e merito insindacabile che da anni impegna l'opera di dottrina e giurisprudenza; dall'altro, occorre preservare le nuove sfaccettature e i nuovi contenuti che il diritto alla salute assume con l'applicazione sempre più massiccia delle tecnologie. In tale contesto, come è stato giustamente sottolineato,

> «la necessità dell'intervento giurisdizionale è stata individuata nella salvaguardia dei diritti fondamentali della persona e della dignità umana e nell'irrinunciabile tutela di alcuni principi che connotano in modo significativo l'ordinamento. Il dato che appare emergere dall'analisi dello stato dell'arte degli interventi dei giudici in questioni relative alle scienze della vita consiste nella ormai quasi permanente funzione di supplenza che il formante giurisprudenziale si è trovato a svolgere a fronte dell'inerzia del legislatore e dell'incapacità di elaborare, all'interno del circuito democratico-rappresentativo, discipline realmente capaci di rispettare il pluralismo di scelte e valori che (non soltanto) il nostro ordinamento si prefigge di perseguire»[52].

2008/delibera_47_2008_relazione.pdf. In giurisprudenza, da ultimo, cfr. T.A.R. Piemonte, sentenza n. 131/2016 con cui si dichiara fondato il ricorso della sigla sindacale per l'annullamento della determinazione dirigenziale della Regione Piemonte n. 750/2013 concernente *la gestione del servizio di logistica regionale e le relative indicazioni per la stesura dei capitolati tipo*, con la quale erano state approvare le linee di indirizzo in materia di esternalizzazione del servizio farmaceutico; Giudice del lavoro – Bari, sentenza n. 3269/2011 con cui si dichiara illegittima l'attuata cessione dei contratti di lavoro del personale addetto alle strutture esternalizzate.

[51] Sull'approccio del giudice amministrativo verso le leggi scientifiche, si veda BERTOLDINI 2006, 297 ss.

[52] BIN, BUSATTA 2014, 7. Con riferimento al diritto alla salute, sotto il profilo del riparto di giurisdizione «nel tempo, è stato possibile registrare la confluenza di differenti opzioni ermeneutiche che hanno radicato ora in capo al G.O., ora innanzi al G.A., la cognizione delle controversie sorte tra l'amministrazione ed il cittadino aventi ad oggetto, essenzialmente, l'accesso e/o comunque la fruizione di trattamenti sanitari, somministrazione di farmaci e percorsi terapeutici in genere. Si sono così sovrapposte [...] diverse soluzioni; in base [ad una] prima impostazione, risalente nel tempo e coerente con la teorica dei diritti inaffievolibili, il contenzioso in cui sia direttamente investito il diritto alla salute del singolo non può che essere devoluto alla cognizione del G.O., giudice naturale dei diritti, perché la salute è, per definizione, una posizione giuridica soggettiva fondamentale insuscettiva di subire alcun effetto di degradazione a mero interesse legittimo a fronte della spendita di potere pubblicistico. Diversamente, secondo altra opzione, la giurisdizione dovrebbe essere determinata secondo che il diritto alla salute venga in considerazione nella sua declinazione di libertà negativa, ovvero positiva; più nel dettaglio, laddove si controverta in ordine al diritto del singolo a non essere sottoposto a trattamenti sanitari per i quali non voglia manifestare valido consenso, appare evidente come si assista alla configurabilità del diritto alla salute alla stregua di posizione giuridica soggettiva intangibile, vero e proprio diritto resistente a tutt'oltranza la cui tutela, per tale ragione, non può che competere, appunto, al giudice naturale dei diritti. Laddove, invece, la controversia abbia ad oggetto il conseguimento di prestazioni sanitarie richieste dal cittadino e negate dalla P.A., il diritto alla salute non appare insuscettivo di affievolimento perché, in considerazione della compresenza di ulteriori interessi

Se, dunque, è considerevole il ruolo dei giudici nell'effettività del diritto alla salute ai tempi della tecnologia[53], è lecito chiedersi se essi siano preparati per applicare al meglio le norme (alcune delle quali ad alto contenuto tecnico) volte a disciplinare tecnologia e progresso scientifico[54]. L'esperienza o mancata esperienza (giudici più o meno specializzati), infatti, può comportare un rischio di disuguaglianze nella composizione delle controversie nelle quali tali argomenti assumono una veste di rilievo[55]. Ed è altrettanto lecito chiedersi se le tradizionali procedure giudiziali consentono una reale soddisfazione degli interessi tutelati o se, invece, le vie alternative al giudice possono essere più efficaci[56].

In tale quadro, non va dimenticato che la tutela del giudice terrà conto anche del cambiamento – sia sul piano pratico che su quello più squisitamente giuridico – registrato attorno alla figura del paziente. Si osserva, infatti, una trasformazione della situazione giuridica del paziente e delle forme di tutela del suo diritto alla salute come conseguenza del venir meno della tradizionale normazione amministrativa e del preminente ruolo dell'amministrazione pubblica della sanità; una trasformazione che – nella pratica – ha sostituito l'interesse legittimo pretensivo con la posizione di diritto soggettivo, cambiando parallelamente il ruolo del giudice e della pretesa e alimentando l'affermazione di altre forme di tutela. È il caso di sottolineare, a questo punto, che, in un contesto dove il diritto amministrativo perde sotto il profilo quantitativo, va notata una conquista dei profili qualitativi: ovvero la ritrazione del diritto amministrativo apre nuove prospettive di

(costituzionalmente rilevanti) in gioco, (ad esempio connessi agli stringenti vincoli di bilancio), si assiste, in ossequio al principio di legalità, all'esercizio di un potere discrezionale di apprezzamento a fronte del quale la posizione giuridica soggettiva vantata dal privato non può che assumere la consistenza di mero interesse legittimo. Da qui la giurisdizione generale di legittimità del G.A.»: così BUSCEMA 2012, 19 s. con ampi riferimenti giurisprudenziali. In generale, sui criteri di riparto di giurisdizione tra G.O. e G.A., *ex multis*, ZITO 2014, 71 ss.

[53] «Come succede in generale sulle tematiche che riguardano i diritti, la difficoltà della politica di intervenire, soprattutto da parte del legislatore, ha riversato sul Giudice costituzionale e sui giudici comuni tutto il peso di un mancato "bilanciamento" normativo». Così D'AMICO 2015, 2 che sottolinea come la Corte costituzionale da tempo e più volte si sia occupata della questione relativa ai rapporti tra legislatore e progresso scientifico, sancendo fra l'altro per ciascuno il proprio spazio di autonomia (cfr. *supra*, nt. 1).

[54] Con le modifiche del codice di procedura civile (ad opera della l. n. 69/2009, *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*) viene stabilito che, qualora il giudice ritenga di avvalersi dell'apporto di conoscenze tecniche e specialistiche per la definizione della controversia, procede con l'ordinanza di ammissione dei mezzi di prova o con altra ordinanza successiva alla nomina del consulente, alla contestuale formulazione dei quesiti e alla fissazione della udienza nella quale il consulente sarà tenuto a comparire per l'accettazione dell'incarico e la prestazione del giuramento.

[55] Sull'importanza della specializzazione dei giudici ai fini della concretezza della tutela della salute, cfr. PAPUZZI 2011, *passim*.

[56] «Le potenzialità di uno strumento conciliativo – proprio per le sue caratteristiche – sono molteplici; la sua applicazione in ambito sanitario potrebbe declinarsi in vari modi e trovare impieghi nuovi in grado di dare risposte assai diverse rispetto al più tradizionale strumento giurisdizionale»: così DE ANGELIS 2016, 226.

soddisfazione e di tutela per il soggetto, comportando, inevitabilmente, la relegazione al rango di meri interessi di fatto di situazioni che prima avevano una rilevanza giuridica (e ciò soprattutto sul piano organizzativo)[57]. Si aggiunga che la presenza dell'art. 32 fra i valori costituzionalmente rilevanti postula l'intervento necessario degli attori pubblici. Il diritto amministrativo e quindi l'azione regolatoria dell'amministrazione pubblica diventa, per espressa previsione del legislatore, strumento di tutela di interessi di rango costituzionale. Il rilievo costituzionale del diritto alla salute e il compito di tutela affidato alla Repubblica costituiscono il presupposto del potere amministrativo, il quale dunque esiste in quanto si trovi un interesse costituzionalmente rilevante da tutelare, da contemperare, da bilanciare[58]. L'amministrazione pubblica è chiamata, allora, ad una delicata opera di contemperamento tra opposti interessi e principi:

> «ecco [...] che alla riduzione quantitativa del diritto amministrativo, si accompagna la valorizzazione della funzione più nobile che l'amministrazione può essere chiamata a svolgere: essere strumento di protezione e di contemperamento di interessi costituzionali»[59].

Da qui l'affermazione, oggi sempre più spesso evocata, secondo cui il diritto

[57] Le considerazioni sulla ritrazione del diritto amministrativo in termini quantitativi a favore di quelli qualitativi sono di GIOVAGNOLI 2012, 4. Quando si parla di progressiva uscita del diritto amministrativo dalla sanità, ci si riferisce talvolta al fenomeno della c.d. privatizzazione della sanità sul quale va fatta una precisazione: l'ampio ricorso a moduli di diritto privato non costituisce di per sé elemento sufficiente per sostenere che si è in una condizione di "privatizzazione" della sanità. Una "sanità privatizzata" può intendersi solo nel senso di un servizio sanitario in cui moduli e soggetti privati concorrono – con maggiore o minore intensità nei diversi sistemi regionali – con quelli pubblici e nell'ambito di cornici regolamentari predefinite, nel perseguire gli obiettivi fissati dalla programmazione nazionale. Cfr. per una verifica dell'utilizzo improprio dell'espressione "privatizzazione", CAVICCHI 2003, *passim*. Il titolo del volume di Cavicchi (*La privatizzazione silenziosa della sanità*) fa riferimento all'espropriazione del diritto alla salute da parte di un sistema "assente". La ritrazione del diritto amministrativo, (e specificamente) della sua parte autoritativa a favore di quella di diritto privato, era stata già evidenziata da Giannini, come ricorda CASSESE 2010, 269. E, di fatto, «contratti, convenzioni e accordi hanno progressivamente ampliato il loro campo di operatività e oggi hanno pari dignità – e forse rilevanza superiore – a quella dei provvedimenti amministrativi unilaterali»: così D'ALBERTI 2017, 326. L'autore fra l'altro sottolinea come il modello contrattuale abbia conosciuto un "ampliamento smisurato" e non solo nel settore delle opere pubbliche: si pensi ad esempio alla gestione di beni e servizi pubblici che è spesso affidata a concessioni di tipo contrattuale (si pensi alle autostrade, agli aeroporti o alle concessioni di distribuzione di energia elettrica o gas); anche la gestione del territorio è ampiamente dominata dall'"urbanistica negoziata", fatta di numerosi strumenti consensuali; e la materia della sanità conosce da tempo un largo uso delle convenzioni sanitarie – ad esempio tra Asl e cliniche private – che sono riconducibili al modello contrattuale. In sostanza, vi è «tutta una graduazione in ordine all'ambito di applicabilità del diritto privato a tali strumenti consensuali. [...] Ma non c'è dubbio che la sfera del diritto comune ha assunto proporzioni inimmaginabili un secolo fa. Le regole privatistiche sono divenute pienamente compatibili con il perseguimento dei fini pubblici» (D'ALBERTI 2017, 347).

[58] Sul diritto alla salute come base costituzionale della ragionevolezza scientifica delle leggi e sulle valutazioni della scienza medica come limite alla discrezionalità legislativa, cfr. PENASA 2014.

[59] V. GIOVAGNOLI 2012, 8.

amministrativo (e conseguentemente il giudice amministrativo) è la sede naturale per la tutela dei diritti fondamentali[60]:

> «il rapporto tra giudice amministrativo e potestà pubblica a contenuto tecnico-sanitario assume una pregnanza particolare ed è denso di implicazioni sia sul piano storico, sia sul piano logico-giuridico, in quanto le più recenti aperture giurisprudenziali in tema di ampiezza del sindacato di legittimità sulla discrezionalità tecnica hanno tratto spunto da controversie su valutazioni autoritative scaturenti dall'applicazione delle conoscenze della medicina»[61].

Con la trasformazione della situazione giuridica del paziente e il *favor* verso la posizione di diritto soggettivo, si richiede il rispetto sempre più forte del principio di proporzionalità e diventa necessario che i requisiti di professionalità del giudice siano adeguati al bisogno. Come è stato giustamente rilevato, forse non è tanto la cognizione diretta di discipline non giuridiche ad essere necessaria, quanto la consapevolezza del corretto rapporto che deve instaurarsi tra principi generali del diritto, da una parte, e regole tecniche, dall'altra[62]. In altre parole, il giudice amministrativo quando opera deve oggi realizzare l'equilibrio tra i valori costituzionali e fondamentali che il diritto alla salute comporta e le esigenze che la tecnologia apporta tramite la delicata valutazione della proporzionalità delle misure amministrative con le quali si prendono decisioni sulla salute dei pazienti (e ciò soprattutto quando la scienza e la tecnica non portano a certezze inequivocabili, perché anche quelle scientifiche possono essere verità allo stato dell'arte e/o non sempre condivise, suscettibili di differenti e ulteriori sviluppi alla luce di nuove acquisizioni del progresso scientifico e della sperimentazione). Occorre verificare che il giudice sappia raccogliere e vincere questa sfida, in modo da fornire una risposta adeguata ai problemi posti dalla sanità moderna. E occorre chiedersi come ci si deve comportare quando ciò che viene contestato non è l'applicazione di regole tecniche, ma la possibilità di verificare una ipotesi scientifica che va a demolire il presupposto stesso su cui la medesima regola opera[63]. È dovere sottolineare, allora, che di fronte

[60] Sulla tecnica interpretativa e di interrelazione normativa da parte delle Corti per la tutela dei diritti fondamentali, si veda TRIA 2014.

[61] BERTOLDINI 2006, 297.

[62] CINTIOLI 2005, 385 ss.

[63] «L'innovazione più significativa in materia si colloca a cavallo dell'ultima decade dello scorso secolo quando la giurisprudenza ed il legislatore arrivano ad introdurre la C.T.U. fra i mezzi istruttori esperibili innanzi al giudice amministrativo. Dall'esame della giurisprudenza formatasi successivamente sembra emergere come l'effetto di questa innovazione sia stato prevalentemente quello di aumentare nel giudice amministrativo la consapevolezza di essere investito di un controllo diretto ed intrinseco del corretto uso della discrezionalità (tecnico-amministrativa) da parte della P.A. (sia essa di tipo tradizionale ovvero "indipendente"), sotto il profilo della correttezza giuridica e della coerenza logica, portando ad una ridefinizione dell'area del "merito" sottratto al riesame giudiziale [...]. È forse presto per valutare appieno gli effetti di lungo periodo che l'affermarsi di un controllo giudiziale esteso al fatto ed al giudizio tecnico, con la conseguente progressiva riduzione della sfera di discrezionalità riservata

all'amministrazione, può avere sull'agire della P.A.»: così GALANTI 2009, 3 s. In tema di sindacato sulla discrezionalità tecnica a seguito dell'introduzione della consulenza tecnica d'ufficio, v. CINTIOLI 2002, 724 ss. La questione investe, dunque, il tema dell'intensità del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica, che – come noto – poiché «importa la valutazione di un fatto o di una situazione alla stregua di regole tecniche e specialistiche, non implica scelte di opportunità amministrativa, in quanto l'amministrazione non opera alcuna comparazione tra interesse primario ed interessi secondari ma è vincolata ad adottare il provvedimento predeterminato nel suo contenuto dalla disciplina di legge, pur se all'esito dell'applicazione di regole che presentano margini di opinabilità» (così T.A.R. Sicilia - Palermo, Sez. II, sentenza n. 1526/2009). Rileva, poi, la distinzione «tra mero accertamento tecnico (accertamento condotto in base a regole tecnico/scientifiche che, se correttamente applicate, non possono che condurre ad un unico risultato) e valutazione tecnica (che, ancorché postuli l'applicazione di regole tecniche, non conduce, di necessità, ad un unico risultato, bensì offre una soluzione tendenzialmente opinabile). Invero, parlare di accertamento tecnico ovvero di valutazione tecnica refluisce non tanto e solo ai fini della configurabilità, in capo al privato, di posizioni giuridiche soggettive aventi la consistenza di interessi legittimi ovvero di diritti soggettivi, bensì assume uno specifico rilievo in ordine ai limiti concernenti il sindacato giurisdizionale (esteso ad accertare non solo l'illegittimità di provvedimenti amministrativi, ma anche a riscontrare, nei casi previsti, l'eventuale responsabilità amministrativa del pubblico dipendente) relativo agli atti e provvedimenti amministrativi emanati all'esito di giudizi di carattere eminentemente tecnico»: così BUSCEMA 2012, 6 s. Sul tema del sindacato sulla discrezionalità tecnica dell'amministrazione si veda – *ex multis* – la recente ricognizione di PICA 2015, in cui si fa notare come si possano enucleare due orientamenti principali. Da una parte, la dottrina maggioritaria che sulle valutazioni tecniche della P.A. ammette un sindacato più penetrante di quello sulla discrezionalità amministrativa, in quanto la discrezionalità tecnica non ha origine da una scelta comparativa tra interessi diversi, ma rappresenta l'applicazione di regole tecniche che comportano un'attività di mera attuazione della legge. Dall'altra parte, vi è la dottrina tradizionale e la giurisprudenza che hanno ammesso un sindacato pieno da parte del giudice amministrativo solo in riferimento agli accertamenti tecnici, in quanto si tratta di attività tecniche che non implicano l'esercizio di una scelta discrezionale. Con riferimento alle valutazioni tecniche, che comportano l'utilizzo di parametri non univoci, secondo questo orientamento, il giudice amministrativo non può invece avere piena cognizione dei fatti, ma deve limitarsi a compiere un sindacato indiretto ed estrinseco, secondo il paradigma dell'eccesso di potere, facendo ricorso a massime di esperienza appartenenti al sapere comune. L'evoluzione della giurisprudenza nel senso della sindacabilità della discrezionalità tecnica si è avuta con la decisione del Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 601/1999, secondo cui «il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici può svolgersi [...] in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì, invece alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo. Non è, quindi, l'opinabilità degli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione che ne determina la sostituzione con quelli del giudice, ma la loro inattendibilità per l'insufficienza del criterio o per il vizio del procedimento applicativo». Tale apertura è stata poi confermata da altre pronunce del Consiglio di Stato, secondo cui il giudice amministrativo può spingersi fino a verificare direttamente «l'apprezzamento degli elementi di fatto dell'amministrazione, siano essi semplici o complessi, che attengono sempre alla legittimità del provvedimento» (ad es. Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 1247/2001). Va poi evidenziato che a seguito dell'introduzione della consulenza tecnica d'ufficio nel processo di legittimità, il giudice amministrativo ha la possibilità di compiere un sindacato intrinseco sulle valutazioni tecniche dell'amministrazione, esercitabile, cioè, facendo ricorso a cognizioni tecniche, non desumibili dalle massime comuni di esperienza. Tuttavia, occorre sottolineare come la giurisprudenza abbia attenuato il principio secondo cui il giudice amministrativo può spingersi fino a sindacare l'attendibilità degli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione: è stato, infatti, affermato che il sindacato sulle valutazioni tecniche trova il limite delle valutazioni riservate «da apposite norme all'amministrazione, quanto meno nei casi in cui essa risulti titolare di una particolare competenza legata alla tutela di valori costituzionali speciali» (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 1247/2001: in tale pronuncia il Consiglio di Stato ha affermato che in relazione alle valutazioni tecniche in materia ambientale, paesaggistico-territoriale non

ai significativi mutamenti che nell'ultimo decennio hanno caratterizzato il rapporto tra diritto e scienze della vita, di fronte al

> «ritardo del formante legislativo, che sempre più sovente dal fisiologico sconfina nel patologico, è la giurisprudenza a rivestire, ormai, il ruolo fondamentale di bilanciamento tra le crescenti esigenze della società e l'integrazione delle risultanze del progresso scientifico all'interno del diritto». Infatti «difficilmente la rigidità del diritto riesce a coniugarsi agilmente con la mutevolezza della scienza e alcuni ostacoli di comunicazione, legati alla diversità di linguaggio, metodo e approccio, conducono a consigliare cautela nella costruzione dei termini del dialogo con le altre discipline»[64].

4. *Riflessioni conclusive: tecnologia e resilienza di fronte al progresso scientifico*

Le implicazioni giuridiche delle tecnologie sono tante nei sistemi sanitari; se ne fanno solo alcuni cenni nelle pagine di questo saggio in cui si è voluto evidenziare come non sia facile porre e imporre regole a realtà rese ancora più mutevoli dal progresso scientifico: realtà per le quali sembrano essere adatte non tanto norme statiche quanto – soprattutto – "principi in prospettiva"[65], oltre ad una visione omnicomprensiva riferita specialmente all'organizzazione degli attori che tali principi andranno responsabilmente ad implementare (*anticipatory governance*)[66].

è consentito al giudice amministrativo un sindacato di tipo "forte", in quanto, oltre ad essere valutazioni complesse, caratterizzate per l'essere gli apprezzamenti tecnici strettamente connessi a quelli di merito, esprimono interessi di rango primario, tutelati da norme costituzionali, che prevalgono rispetto ad altri interessi protetti dalla Costituzione. Inoltre, secondo il Collegio «appare particolarmente significativa l'indicazione ricavabile dall'art. 17, comma 2, l. n. 241/1990, il quale stabilisce il principio di non surrogabilità delle valutazioni tecniche spettanti alle amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale e della salute dei cittadini»). Sulle valutazioni tecniche e il meccanismo di semplificazione ex art. 17 della legge 241/1990, si veda DELLA SCALA 2016, 552-564.

[64] BIN, BUSATTA 2014, 6.

[65] Espressione usata da Rodotà con riferimento alla presentazione della *Carta dei diritti di Internet*.

[66] Nella *Rome Declaration on Responsible Research Innovation* (novembre 2014) si sottolinea il tema della ricerca e innovazione responsabile. Il Tavolo tecnico che in Italia ha lavorato su tali aspetti (disponibile in https://www.cnr.it/it/news/allegato/733) ha evidenziato l'opportunità di attivare processi interattivi e trasparenti in cui gli attori sociali e gli innovatori siano sensibili non solo alle rispettive esigenze e all'etica, ma anche alla sostenibilità e desiderabilità sociale dell'innovazione e dei prodotti che ne derivano. Non è conveniente, infatti, aggiungere innovazione se manca il supporto delle parti interessate: dal legislatore agli scienziati, dai rappresentanti delle imprese a quelli dei pazienti. In altre parole occorre essere in grado di prevedere le concrete esigenze future prospettando soluzioni reali e fattibili: *anticipatory governance* per non perdere le opportunità offerte dalle nuove tecnologie. Costituisce esempio emblematico di percorso di innovazione tecnologica non condiviso il caso verificatosi in Germania nel 2011 relativo al c.d. controllo elettronico dello stato del paziente: in quell'occasione il governo tedesco ha dovuto abbandonare il progetto a seguito del voto contrario del Senato, contrarietà legata alle problematiche di *privacy* non risolte e mai concretamente analizzate e discusse. In altre parole, di fronte a certi temi bisogna procedere nel senso della responsabilità collettiva. Nel Report sulla *Rome Declaration on*

Con specifico riguardo al settore in analisi, non si può ignorare come il sistema sanitario sia caratterizzato – fra l'altro – da rapidi processi di innovazione tecnologica e frequenti evoluzioni delle regole istituzionali e come entrambi i fenomeni sembrino contribuire ad un fisiologico *disequilibrio interno*. In un sistema come questo, in continuo mutamento, occorre fronteggiare una elevata complessità che deriva non solo dalle caratteristiche intrinseche dei diversi attori chiamati a rispondere ai bisogni di cura e assistenza connessi alla tutela della salute (soggetti pubblici, privati accreditati, privati), ma anche dalle esigenze poste dai sottosistemi istituzionali e tecnici. Di fronte alla costante ricerca di appropriatezza nell'erogazione dei servizi, i soggetti coinvolti dovranno confrontarsi da un lato con l'eteroimposizione legislativa e contemporaneamente manifestare capacità di rispondere tanto agli obiettivi posti dalla natura essenzialmente pubblica della sanità, quanto alle influenze esercitate dalla comunità scientifica. In una cornice di valori e principi il più possibile condivisi e assorbiti dai gruppi professionali e dalle stesse organizzazioni sanitarie, il sistema sanitario deve, in sostanza, dimostrare di essere resiliente e gestire le regole secondo *modalità adattive* (*management* delle regole)[67]. La tecnologia stessa (ci si riferisce, in particolare, alle tecnologie ICT) aiuta nel perseguimento di questo obiettivo: i sistemi sono sempre più digitalizzati e così anche i processi e le decisioni seguono questo ritmo. Sono in crescita le amministrazioni che dialogano e si avvicinano ai cittadini grazie alle tecnologie, rendendo il rapporto cittadino-istituzioni (paziente-soggetto erogatore del servizio sanitario) più agevole: non solo digitalizzazione dei procedimenti e, dunque, semplificazione (si pensi alla gestione delle cartelle cliniche o alla trasmissione dei dati delle spese sanitarie ai fini fiscali). La tecnologia, infatti, amplifica la comunicazione, avendo un effetto moltiplicatore nei rapporti: l'uso intelligente del flusso continuo di dati e di informazioni consente ai pazienti di interagire con chi eroga i servizi e migliorare le prestazioni (diffusione delle buone pratiche, circolazione

Responsible Research Innovation ci si è posti, poi, la questione della normazione di settori e aspetti tecnici ancora in fase embrionale. Si sostiene che solo nel momento in cui la tecnologia comincia a produrre effetti occorre concretamente costruire la disciplina. Quindi la normazione all'inizio deve essere flessibile e solo allorquando gli effetti della innovazione tecnologica si saranno stabilizzati sarà utile un impianto regolatorio più cogente.

[67] È appena il caso di ricordare che nel momento in cui si (ri)analizza un modello organizzativo, pur se all'interno di una cornice giuridica che definisce – a volte rigidamente – la realtà di riferimento, l'atteggiamento con cui si ri-costruiscono e si applicano le regole di questo modello dovrebbe essere innovativo. Le regole, infatti, in una ottica di *management*, vanno viste come strumento per governare e gestire l'organizzazione, in particolare per semplificare e coordinare le decisioni, e come strumento per promuovere il cambiamento organizzativo. In altre parole, ciò che qui si vuole sostenere è che in un sistema in cui la tecnologia ha una preminenza potrebbe essere utile applicare l'ottica del c.d. *management* delle regole, una ottica che è interessata al problema del governo e della gestione dell'organizzazione attraverso le regole: ritorna dunque la questione dell'utilità delle regole ai fini di una gestione efficace dell'organizzazione e per la promozione del cambiamento ("potere strutturante delle regole"). Sul tema si veda: RUFFINI, MASTROGIUSEPPE 2003; MANCARELLA 2011, *passim*, in part. cap. IV.

degli effetti della ricerca sperimentale e clinica, cure transfrontaliere). Gli attori dei sistemi sanitari dovrebbero, allora, andare oltre un tradizionale uso "amministrativo" delle tecnologie digitali (che si sostanzia nel fare più celermente quello che prima veniva fatto in analogico), perché non si tratta di dare vita al "paziente digitale di uno *smart health system*", ma di usare le tecnologie (non solo ICT) per riorganizzare i servizi in modo da garantirne la fruizione secondo logiche di effettiva appropriatezza e soddisfazione.

Le tecnologie applicate alla sanità (e non solo), comunque, dovrebbero essere *utili* alla cura degli interessi dei cittadini e strettamente relazionate al progresso scientifico e al miglioramento del sistema sociale nel suo complesso. Una relazione che dovrebbe risultare evidente perché le tecnologie non pongono soltanto questioni tecniche. Pongono, infatti, anche questioni politiche: a partire dalla stessa *scelta* di legiferare o meno su temi come la neutralità della rete internet o la responsabilità del professionista sanitario di fronte all'utilizzo della cibernetica. In altre parole, il legislatore che può scegliere se legiferare o meno fa una scelta politica, non tecnica. E quando il *rule maker* sceglie di intervenire si presuppone che sia per tutelare interessi pubblici; una scelta che coinvolge non solo l'*an*, ma anche il *quid* e il *quomodo*. Il "come normare" e il "quando normare" realtà investite da nuove tecnologie non è di semplice determinazione, in sostanza. E, in ogni caso, l'operazione normativa deve tener conto del contesto politico nel quale si agisce se si vuole che il risultato sia efficace ed effettivo[68]. L'innovazione tecnologica – alla luce di quanto argomentato nelle pagine precedenti – andrebbe preferibilmente normata *dopo* l'esplicazione dei suoi effetti e ciò perché, per avere regole utili, occorrerebbe osservare dapprima quali conseguenze la tecnologia comporta; solo in un secondo momento dovrebbe avvenire l'introduzione di eventuali norme vincolanti e ciò in quanto norme vincolanti possono rendere più difficile la varianza decisionale e dunque ostacolare l'innovazione[69]. Ovvero, la scelta di fissare regole prima della completa esplicazione degli effetti al fine di guidare questi ultimi e di condizionarli andrebbe fatta eventualmente solo con una disciplina di principio, lasciando la potenziale definizione degli aspetti di dettaglio a momenti successivi, consapevoli che ogni norma rispettosa dei diritti fondamentali dovrebbe essere il meno pregiudizievole possibile della sfera giuridica degli interessati. Diversamente, la scelta di normare la tecnologia *non è stata utile, pur essendo utile la tecnologia in sé*: da

[68] Vedi VILELLA 2015, 101. L'autore nelle pagine dell'opera evoca con forza l'utilità e il fascino della tecnologia e ricorda che «[i]l desiderio di innovare è più forte della paura e l'umanità persegue questo obiettivo senza fermarsi, prima immaginando qualcosa e poi realizzandola, sempre». E ancora, «[l]'innovazione tecnologica è qualcosa di congenito all'evoluzione e allo sviluppo dell'umanità» (VILELLA 2015, 14).

[69] Del resto esiste un'osmosi tra validità sociale e validità giuridica: la validità giuridica si alimenta di validità sociale (le regole sono codificate dopo che è stata sperimentata la loro necessità) e la validità sociale trae maggiore forza dalla validità giuridica. Cfr. RUFFINI, MASTROGIUSEPPE 2003, 25.

qui l'opportunità di tenere in considerazione un approccio normativo *soft* (non solo *tecnologia utile* ma anche *utilità della normazione sulla tecnologia*), più in grado – forse – di rispettare le specificità di una sanità in un'era tecnologica i cui tempi di risposta sono diversi da quelli tradizionali. E ciò è tanto più importate se è vero, come è vero, che «stiamo andando molto rapidamente verso quello che è stato immaginato nel film *Transcendence*, dove funzionano macchine tecnologiche in grado di costruire istantaneamente parti del corpo, eliminare le deformazioni, ristabilire la vista»[70]. Realtà di questo tipo pongono dilemmi legittimi (di chi è la responsabilità nel caso in cui una parte del *robot* arrechi un qualche danno? Cosa ne è della libertà individuale allorquando alcune decisioni possono essere prese da una macchina? Qual è il limite della dignità umana se sono le macchine a dare impulsi agli organi vitali e a dare segnali per momenti di vita condivisi con gli altri?) che non costituiranno – però – un argine forte all'avanzata delle "tecnologie a sostegno della salute"[71]. E non si dimentichi che, come è stato acutamente osservato,

> «alla domanda di elasticità delle regolamentazioni, che devono adattarsi al rapido progresso scientifico e, al contempo, garantire una ragionevole tutela dei diritti di tutte le persone coinvolte, si affianca anche il problema del rispetto, *in primis* da parte del legislatore e in secondo luogo da parte di tutti i pubblici poteri, dell'autonomia e della libertà della ricerca. Sono questioni che rimangono aperte e che, lungi dal trovare una risposta in tempi brevi, dovrebbero essere affrontate attraverso un approccio "polifonico", tale da valorizzare, tanto all'interno del dibattito quanto al momento dell'adozione della scelta, l'oggetto e, soprattutto, il metodo di ciascuna scienza»[72].

[70] VILELLA 2015, 64. Il film citato è del regista Wally Pfister, USA, 2014. Merita richiamare quanto scritto da VANDELLI 2013, 277: «Le vicende storiche, le fasi politiche, persino l'avvento di nuove tecnologie hanno fatto registrare trasformazioni nell'amministrazione, puntualmente riflesse in romanzi e racconti».

[71] Cfr. VILELLA 2015, 65.

[72] BIN, BUSATTA 2014, 6.

Riferimenti bibliografici

BERGAMI A. 2006. *I trattamenti sanitari obbligatori: profili di sostenibilità sociale e giuridica*, in ANDREIS M. (ed.), *La tutela della salute tra tecnica e potere amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2006, 243 ss.

BERTOLDINI A. 2006. *Le scelte amministrative tecnico-discrezionali nella sanità ed il sindacato del giudice amministrativo*, in ANDREIS M. (ed.), *La tutela della salute tra tecnica e potere amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2006, 305 ss.

BETTINI R. 2000. *Sociologia del diritto amministrativo*, Milano, Franco Angeli, 2000, 79 ss.

BIN R., BUSATTA L. 2014. *Introduzione – Forum: Law and the life sciences*, in «Rivista di BioDiritto», 1, 2014, 5 ss.

BRONZINI M., VICARELLI G. 2009. *From the 'expert patient' to 'expert family': a feasibility study on family learning for people with long-term conditions in Italy*, in «Health Sociology Review», 18, 2, 2009, 182 ss.

BUSCEMA L. 2012. *Potestà amministrativa e tutela dei diritti fondamentali all'interno delle aule giudiziarie: profili sostanziali e di giurisdizione con particolare riguardo al diritto alla salute*, in «Consulta Online», 2012, in http://www.giurcost.org/studi/Buscema.pdf (consultato il 23.08.2016).

CALABRESI G. 2014. *I nostri corpi ci appartengono?*, in SESTA M. (ed.), *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, Rimini, Maggioli, 2014, 193 ss.

CAMPIONE R., 2014. *Il rifiuto di cure quale limite all'erogazione delle prestazioni sanitarie*, in SESTA M. (ed.), *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, Rimini, Maggioli, 2014, 269 ss.

CANDIDO A. 2012. *La* nudge regulation. *Interpretazioni dottrinali e prime applicazioni pratiche*, disponibile in http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/app/uploads/2012/07/Candido_Regolazione_nudge.pdf (consultato il 23.08.2016).

CANESTRARI S. 2014. *Introduzione*, in «Rivista di BioDiritto», 1, 2014, 8 ss.

CASONATO C. 2004. *Diritto, diritti ed eugenetica: prime considerazioni su un discorso giuridico altamente problematico*, in «Humanitas», 4, 2004, 841 ss.

CASSESE S. 2010. *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2010.

CASTORINA E. 2015. *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in «Rivista AIC», 4, 2015, 1 ss.

CAVICCHI I. 2003. *La privatizzazione silenziosa della sanità*, Roma, Datanews, 2003.

CENSIS-FORUM PER LA RICERCA BIOMEDICA 2011. *Idee per una sanità migliore. Federalismo, spesa sanitaria, qualità dei servizi*, Milano, Franco Angeli, 2011.

CERIONI M. 2014. *Diritti dei consumatori e degli utenti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014.

CHIEFFI L. 2014. *Scelte alimentari e diritti della persona: tra autodeterminazione del consumatore e sicurezza sulla qualità del cibo*, in DEL PIZZO F., GIUSTINIANI P. (eds.), *Bioetica, ambiente e alimentazione*, Sesto San Giovanni, Mimesis, 2014, 50 ss.

CHIEFFI L., SALCEDO HERNANDEZ J.R. (eds.) 2015. *Questioni di inizio vita*, Milano, Mimesis, 2015.

CINTIOLI F. 2002. *Consulenza tecnica d'ufficio e discrezionalità tecnica: l'intensità del giudicato giurisdizionale al vaglio della giurisprudenza*, in CARINGELLA F., PROTTO M. (eds.), *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 2002, 724 ss.

CINTIOLI F. 2005. *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, Giuffrè, 2005.

COGNETTI S. 1993. *Profili sostanziali della legalità amministrativa: indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, Giuffrè, 1993.

CORTESE F., PENASA S. 2015. *Dalla bioetica al biodiritto: sulla giuridificazione di interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati*, in «Rivista AIC», 4, 2015, 1 ss.

COSTANTINO F. 2016. *Uso della telematica*, in ROMANO A. (ed.), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, 242 ss.

D'ALBERTI M. 1992. *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, Il Mulino, 1992.

D'ALBERTI M. 2017. *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017.

D'ALOIA A. (ed.) 2005. *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2005.

D'AMICO M. 2015. *Le questioni "eticamente sensibili" fra scienza, giudici e legislatore*, in «Quaderni costituzionali», novembre 2015, 2 ss., disponibile in www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/11/ damico.pdf (consultato il 23.08.2016).

D'ONOFRIO P. 2014. *I trattamenti sanitari obbligatori*, in SESTA M. (ed.), *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, Rimini, Maggioli, 2014, 303 ss.

DE ANGELIS M. 2015. *Politiche sanitarie e diritti di fronte alla crisi: aspetti generali e un'esperienza*, in «Le Regioni», 2, 2015, 369 ss.

DE ANGELIS M. 2016. *L'effettività della tutela della salute ai tempi della crisi. Percorsi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.

DE BENEDETTO M., MARTELLI M., RANGONE N. 2011. *La qualità delle regole*, Bologna, il Mulino, 2011.

DELLA SCALA M.G. 2016. *Le valutazioni tecniche nel procedimento amministrativo*, in ROMANO A. (ed.), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, 552 ss.

DI BENEDETTO M. 2005, *L'organizzazione della funzione di regolazione*, in «Studi parlamentari e di politica costituzionale», 149-150, 2005, 73 ss.

FERRARESE M.R. 1998. *Mercati e globalizzazione. Gli incerti cammini del diritto*, 27 ss. disponibile in https://www.docenti.unina.it/downloadPub.do?tipoFile=md&id=_339782 (consultato il 24.08.2016).

FERRARESE M.R. 2000. *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, il Mulino, 2000.

FOSCHINI F. 2013. *Brevi cenni di riflessione sul* drafting *formale e sul* drafting *sostanziale. Analisi di due facce della stessa medaglia*, disponibile in www.openstarts.units.it/dspace/bitstream/10077/8846/1/foschini_tigor_IX.pdf (consultato il 23.08.2016).

FRANCESCONI A. 2007. *Innovazione organizzativa e tecnologica in sanità*, Milano, Franco Angeli, 2007.

FRANCHINI C., VESPERINI G. 2009. *L'organizzazione*, in CASSESE S. (ed.), *Istituzioni di Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2009, 115 ss.

GALANTI E. 2009. *Discrezionalità delle autorità indipendenti e controllo giudiziale*, in «Quaderni di ricerca giuridica - Banca d'Italia», 64, 2009, 3 s.

GIOVAGNOLI R. 2012. *Liberalizzazioni, semplificazioni ed effettività della tutela*, disponibile in http://www.jusforyou.it/media/obj/vbvptyyjbbmpceq8c2zf.pdf (consultato il 25.08.2016).

IANNUZZI A. 2006. *Caratterizzazioni della normazione tecnica nell'ordinamento italiano. Il campo di analisi e di verifica della materia ambientale*, in «Studi parlamentari e di politica costituzionale», 151-152, 2006, 137 ss.

LA SPINA A., MAJONE G. 2000. *Lo Stato regolatore*, Bologna, il Mulino, 2000.

LEOPARDI G. 1820. *Zibaldone*, disponibile in http://www.letteraturaitaliana.net/pdf/Volume_8/t226.pdf (consultato il 23.08.2016).

MALAISI B. 2016. *La legge sulla procreazione assistita e il* drafting. *Brevi riflessioni tra diritto e scienza*, in DE ANGELIS M. (ed.), *Tecnologie e salute: alcuni profili giuridici*, Roma, Aracne, 2016, 89-118.

MANCARELLA M. (ed.) 2011. *La pubblica amministrazione tra management, eGovernment e federalismo*, Trento, Tangram, 2011.

MARTÍN DELGADO I. 2016. *La reforma de la administración (electrónica): hacia una auténtica innovación administrativa*, in «Revista Democracia y Gobierno Local», 32, 2016, 5 ss., disponibile in http://www.gobiernolocal.org/historicoBoletines/nueva_web/RDGL32.pdf (consultato il 24.08.2016).

MIGNELLA CALVOSA F., PILOZZI F., TOTAFORTI S. (eds.) 2015. *Politiche e strategie di* better regulation, Roma, Carocci, 2015.

MILLEY P., JIWANI F. 2009. *Resilience: Key concepts and themes and their implications for public administration*, in «Federal Government, NS6 International Roundtable», 3, 2010, 55 ss., disponibile in https://goo.gl/whwIvP (consultato il 22.08.2016).

MILLEY P., JIWANI F. 2014. *Resilience in public administration: Implications for the 'New Political Governance' in Canada*, in IONESCU S., TOMITA M., CACE S. (eds.), *The second world congress on resilience: From person to society*, Timisoara, Medimond – Monduzzi Editore Proceedings Division, 2014, 803 ss, disponibile in https://congress.resilience.uvt.ro/documents/e-book%20resilience%202014.pdf (consultato il 23.08.2016).

MODUGNO F. 1970a. *L'invalidità della legge. I. Teoria della Costituzione e parametro del giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1970.

MODUGNO F. 1970b. *L'invalidità della legge. II. Teoria dell'atto legislativo e oggetto del giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1970.

MODUGNO F. 1973. *Legge in generale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, 872 ss.

MODUGNO F. (ed.) 2000. *Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, Giuffrè, 2000.

MODUGNO F. 2007. *La funzione legislativa, oggi*, in RUOTOLO M. (ed.), *La funzione legislativa, oggi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007.

MORELLI A. 2011. *I controlli sulla qualità degli atti normativi del Governo*, disponibile in http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2011/10/morelli.pdf (consultato il 22.08.2016).

MORRONE A. 2014. *Ubi scientia ibi iura*, disponibile in http://www.giurcost.org/studi/morroneo.pdf (consultato il 24.08.2016).

OCSE 1997. *Report on Regulatory Reform*, Parigi, 1997.

PAPUZZI A. 2011. *Il giudice: le battaglie di Raffaele Guariniello*, Roma, Donzelli, 2011.

PASCUCCI L., 2014. *Autodeterminazione terapeutica ed esigibilità delle cure*, in SESTA M. (ed.), *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, Rimini, Maggioli, 2014, 207 ss.

PENASA S. 2014. *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico. Spunti dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale*, disponibile in www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2014/0025_nota_162_2014_penasa.pdf (consultato il 23.08.2016).

PICA N. 2015. *L'intensità del sindacato giurisdizionale sul giudizio di anomalia delle offerte alla luce del diritto UE. Nota a Cons. St., Sez. VI, 2 febbraio 2015, n. 473*, disponibile in http://www.italiappalti.it/leggiarticolo.php?id=2717 (consultato il 23.08.2016).

PICCHI M. 2012. *L'effettività dei diritti sociali: la via della partecipazione*, disponibile in http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/05/trapanipicchi.pdf (consultato il 25.08.2016).

PICCHI M. 2013. *Tecniche normative e tutela del buon andamento della pubblica amministrazione: dalla Corte Costituzionale un nuovo impulso per preservare la certezza del diritto*, in «Federalismi.it», 21, 2013.

PIZZETTI F.G. 2011. *Libertà di autodeterminazione e protezione del malato nel «Brain-Computer interfacing»: un nuovo ruolo per l'amministratore di sostegno?*, in «Rivista critica del diritto privato», 29, 1, 2011, 31 ss.

PRETE A. 2006. *Il pensiero poetante: saggio su Leopardi*, Milano, Feltrinelli, 2006.

RAVERAIRA M. 2006. *Qualità della normazione e better regulation nella governance degli interessi*, in «Federalismi.it», 24, 2006, 1 ss., disponibile in www.federalismi.it/document/editoriale/Editoriale3.pdf (consultato il 23.08.2016).

ROVERSI MONACO F., BOTTARI C. (eds.) 2012. *La tutela della salute tra garanzie degli utenti ed esigenze di bilancio*, Rimini, Maggioli, 2012.

RUFFINI R., MASTROGIUSEPPE P. (eds.) 2003. *Regole e regolamenti di organizzazione nelle amministrazioni pubbliche*, disponibile in http://qualitapa.gov.it/nc/ risorse/pubblicazioni/?tx_damfrontend_pi1%5Bpointer%5D=7 (consultato il 24.08.2016).

SALAZAR C. 2014. *Umano, troppo umano... o no? Robot, androidi e cyborg nel "mondo del diritto" (prime notazioni)*, in «Rivista di BioDiritto», 1, 2014, 256 ss.

SALTARI L. 2007. *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano, Giuffrè, 2007.

SANTOSUOSSO A. (ed.) 2009. *Le neuroscienze e il diritto*, Como-Pavia, Ibis, 2009.

SCHULZ M. 2015. *Prefazione*, in VILELLA G., *Innovazione tecnologica e democrazia*, Bologna, Pendragon, 2015, 7 ss.

TITOMANLIO F. 2007. *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Milano, Giuffrè, 2007.

TORRICELLI G.P. 2008. *Localizzazione, mobilità e impatto territoriale*, disponibile in http://www.gpt.adhoc.ch/geocom/pdf/Materiali2.pdf (consultato il 23.08.2016).

TRIA L. (ed.) 2014. *La tutela dei diritti fondamentali*, 2014, disponibile in http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_274.pdf (consultato il 23.08.2016).

VANDELLI L. 2013. *Tra carte e scartoffie*, Bologna, il Mulino, 2013.

VENEZIANO S. 2005. *Il controllo giurisdizionale sui concetti giuridici a contenuto indeterminato e sulla discrezionalità tecnica in Italia*, disponibile in www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/wcm/idc/groups/public/documents/document/mdax/nze2/~edisp/intra_331341.htm (consultato il 23.08.2016).

VICARELLI G. 2012. *Le* family learning *socio-sanitaire: une approche innovante en éducation thérapeutique. Évaluation de la satisfaction des patients et de leur famille*, in «Pratiques et Organisation des Soins», 43, 3, 2012, 187 ss.

VILELLA G. 2015. *Innovazione tecnologica e democrazia*, Bologna, Pendragon, 2015.

VIOLINI L. 2002. *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare: sull'incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica*, in «Le Regioni», 6, 2002, 1450 ss.

VIOLINI L. 2014. *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, in «Osservatorio costituzionale», luglio 2014, 1 ss.

VISIOLI O. 2006. *La disposizione a rete delle organizzazioni sanitarie: introduzione ad un nuovo paradigma sociologico*, disponibile in http://www.giornaledicardiologia.it/allegati/00701_2006_09/fulltext/09-06_09%20638-645.pdf (consultato il 23.08.2016).

ZAPPINI F., ZANDONAI F. 2016. *Resilienza e mutualismo*, disponibile in www.progetto-rena.it/resilienza-mutualismo-sfida-territoriale-lanciata-seconda-scuola-resilienza/ (consultato il 23.08.2016).

ZITO A. 2014. *L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo*, in SCOCA F.G. (ed.), *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2014, 71 ss.

ZOLO D. 2002. *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in COSTA P., ZOLO D. (eds.), *Lo stato di diritto: storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002, 59 ss.

CHI PARLA CON CHI? NEGAZIONISMO E LIBERTÀ DI PAROLA

CLAUDIO **LUZZATI**

&dq

Chi parla con chi? Negazionismo e libertà di parola

Who Is Speaking To Whom? Holocaust Denial and Freedom of Speech

CLAUDIO LUZZATI

Professore ordinario di Filosofia del Diritto presso l'Università degli studi di Milano
Email: claudio.luzzati@unimi.it

ABSTRACT
Questo saggio cerca il modo migliore di trattare con un fenomeno più degno di un'indagine psichiatrica che di un'analisi filosofica: la negazione della *Shoah*. Chi scrive ritiene pessimisticamente che la resistenza ad ogni spiegazione ragionevole dei fatti storici da parte dei negazionisti non consenta di praticare con loro un dialogo aperto e informato che si svolga su un piede di parità.

This essay tries to find the best way to explain a phenomenon deserving being dealt with by a psychiatrist rather than by a philosopher: the Holocaust denial. The author's approach is pessimistic as it maintains that the rejection by the Holocaust deniers of ordinary rational account of historical facts makes it impossible any dialogue on an equal footing with them.

KEYWORDS
Libertà di parola, veridicità, Shoah, genocidio

Freedom of speech, truthfulness, Shoah, genocide

© 2017, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
Tutti i diritti sono riservati.

Chi parla con chi? Negazionismo e libertà di parola

CLAUDIO LUZZATI

1. *Prologo* – 2. *Le asserzioni giustificate sui fatti che degradano ad opinioni aleatorie e, per contro, le opinioni che assurgono a fatti* sui generis – 3. *Il gioco delle parti. Identità, scienza storica ed emozioni* – 4. *Il rischio di una duplice eterogenesi dei fini*

1. *Prologo*

Partiamo da lontano. Apparentemente da lontano. Alice Munro, in un notevole racconto, *Conforto*, narra dello scontro fra un insegnante di scienze di una scuola pubblica, e quindi non confessionale, e un gruppo di studenti creazionisti, appoggiati dalle loro famiglie e dalle chiese fondamentaliste locali. La vicenda si svolge in una cittadina canadese sul lago Huron.

Il protagonista, Lewis Spiers, spiega le teorie evoluzionistiche di Darwin e questo, inutile dirlo, è il *casus belli*. La strategia degli studenti si fa alquanto duttile e sofisticata su un piano comunicativo: «Noi non pretendiamo una visione religiosa delle cose. Ci chiediamo soltanto come mai non si possa garantirle pari opportunità» (si badi, l'originale è diverso, dice: *equal time*). E allorché il professore ribatte piccato: «Perché mi pagano per insegnarvi scienze, non religione», pronta giunge la controbiezione: «Che male ci sarebbe ad ascoltare l'altra versione dei fatti? L'insegnamento dell'ateismo non è a sua volta una forma di indottrinamento?». Il nostro eroe, sempre più innervosito, si lascia andare a deplorevoli intemperanze verbali. Si fa avanti il preside, Paul Gibbings, che cerca di calmare le acque parlando a tu per tu con Lewis. Paul avanza una tesi che suona liberale: «Credo però che abbiano dei diritti anche loro» («But I suppose they've got their rights»). Questo, dopo aver detto che gli studenti hanno bisogno d'incoraggiamento e di comprensione («Need a bit of jollying along»). Tanto più che i genitori pagano le tasse; quei *Christian Taxpayer* che non possono permettersi la retta di un istituto confessionale non si meritano certo che ai loro figli venga impartito un insegnamento volto deliberatamente a scalzare la fede. Ed ecco l'ambigua proposta del preside – che, vale la pena notarlo, sul creazionismo la pensa esattamente come il professore di scienze –; essa è avanzata in un tono scherzoso e insinuante: «Spalanca le porte ad Adamo ed Eva. Con o senza foglia di fico». La sostanza della richiesta pacificatoria è (qui passo all'inglese): «All I want to ask is a little speech indicating that this is a different interpretation and

some people believe one thing and some people believe the other». È ancora l'invito del cardinale Bellarmino a Galileo di limitarsi ad affermare che la teoria eliocentrica era una mera ipotesi matematica, senza pretese veritative. Nel caso di Lewis sarebbe bastato un discorsetto di un quarto d'ora, in cui egli esponesse il testo biblico. «Read it out loud. Only do it with respect. You know what it's all about, don't you? People feeling disregarded. People just don't like to feel they're being disregarded». Qui si ha inoltre un'inversione delle parti. Mentre il preside non manca di sottolineare che un mucchio di persone penserà che questa gente si stia solo mostrando ragionevole («I mean a lot of people will think this bunch is just being reasonable»), l'uomo di scienza si chiude in un rigore che sembra intollerante. Come nota l'autrice: «Ma ormai era perso in una delle sue fissazioni» («But he was off in his own trip as usual»).

Siccome però il nostro eroe insiste nelle sue posizioni, rifiutando tutte le scappatoie – come quella di ammettere che un mito in fondo non è una distorsione della verità (*an untruth*) – l'esito della disputa sono le dimissioni di Lewis per motivi di salute, accolte con rammarico. Fra l'altro Lewis è malato sul serio, ma questo è un altro pezzo della storia, che ai nostri fini non necessita di esser narrata per intero[1].

Il precedente racconto rappresenta un modello eccellente per fare il punto sul fenomeno del negazionismo, designando con questo termine le teorie di coloro che negano l'esistenza delle camere a gas e dei campi di sterminio nazisti durante il secondo conflitto e quelle di coloro che cercano di discutere l'indiscutibile enormità della *Shoah* allo scopo di ridimensionarla o di relegarla negli eventi accidentali, anziché nei progetti deliberati. Nella novella della Munro gli elementi che ci servono ci sono tutti o quasi. Li elenco brevemente:

1) la chiara falsità o, a voler essere buoni, la scarsissima affidabilità, delle tesi sostenute, e la loro paradossale resistenza, presso chi le sostiene, ad ogni ragionevole controargomento;

2) lo scatenamento di forti emozioni che oltrepassano la neutralità scientifica (anche se in un caso sono i creazionisti che si sentono minacciati dalla scienza,

[1] MUNRO 2001, 117-151, in part. 127 ss. Un film di Stanley Kramer, *Inherit the Wind* (1960), interpretato da Spencer Tracy, si rifà ad una vicenda analoga realmente accaduta a Dayton, Tennessee nel 1925, il così detto *Scopes Monkey Trial*, processo a cui venne sottoposto un professore che insegnava l'evoluzionismo. Nel film, che conobbe vari *remake*, però i creazionisti sono rappresentati come aperti fanatici dagli intenti persecutori. Il regista voleva criticare il maccartismo, tuttavia, proprio a causa di una siffatta esplicitazione, gli argomenti dei sostenitori del creazionismo sono molto meno subdoli e sottili di quanto non lo siano nella novella della Munro. Se la pellicola mostra i fondamentalisti come forcaioli dichiarati, nel racconto da me esaminato sopra questi vestono i panni dei propugnatori della libertà di parola e semmai è Lewis che viene fatto passare per irrispettoso delle opinioni altrui. Per questa sofisticata retorica, che conduce all'inversione dei ruoli, la novella della Munro è superiore al film, o almeno più adatta a fungere da modello della discussione sul negazionismo che seguirà.

mentre nell'altro abbiamo i negazionisti che si servono di una pseudo-indagine scientifica per diffamare la memoria della *Shoah*);

3) la questione se e in quale misura tesi dalla falsità conclamata (creazionismo) o, peggio, apertamente mistificatorie (negazionismo) ricadano sotto la protezione della libertà di parola e debbano ricevere considerazione, rispetto e/o tutela, oppure siano censurabili. Riguardo al negazionismo sorge una differenza rilevante poiché si prospetta, per la sua offensività verso le vittime dello sterminio, altresì l'ipotesi, oggi divenuta attuale in Italia, di una sua sanzione penale. Esaminerò nell'ordine questi tre profili.

2. *Le asserzioni giustificate sui fatti che degradano ad opinioni aleatorie e, per contro, le opinioni che assurgono a fatti* sui generis

Nell'immediato dopoguerra l'affermazione di quel cialtrone francese che proclamò: «ad Auschwitz sono state gassate solo le pulci»[2], non avrebbe avuto alcuna eco presso i mezzi di comunicazione. A quei tempi, semplicemente, di sterminio si parlava molto poco. Ci fu un lungo periodo in cui la persecuzione restò un peso troppo grande da sopportare per gli stessi scampati, i quali provavano spesso vergogna per le umiliazioni di cui erano stati vittime. Se ad uno studioso è lecito recare la propria testimonianza, ricordo l'impressione sconvolgente che provai quando, credo nel 1967, assistetti a teatro all'*Istruttoria* di Peter Weiss[3]. Non ero preparato a un simile confronto. I ragazzi di allora erano pronti a "fare la rivoluzione", non a elaborare lutti. Oggi *Se questo è un uomo* ha larga diffusione e si legge in tutte le scuole. Una volta non era così. Quando il libro di Levi uscì, nel 1947, non fu pubblicato da Einaudi, bensì da un oscuro editore torinese, De Silva. Ne vennero stampate 2500 copie, 600 delle quali restarono invendute e andarono perse nell'alluvione di Firenze[4].

È significativo che i carnefici, quando cercarono di discolparsi con interviste infarcite di menzogne che spiccano nel tessuto del racconto «come mosche nel latte»[5], non negarono mai il fatto collettivo dello sterminio, in onore alla massima che se tutti sono colpevoli, nessuno lo è veramente. Badarono invece a disconoscere i fatti specifici loro imputati. Per esempio Franz Stangl, il comandante di Treblinka (e prima corresponsabile nei programmi di eutanasia), sino all'ultimo

[2] Cfr. PISANTY 2012a, 2, e PISANTY 1998, 296 ss.

[3] WEISS 1965. Il dramma si basa sugli atti delle sedute di un processo tenuto a Francoforte sul Meno tra il 1963 e il 1965 contro un gruppo di SS di Auschwitz.

[4] BELPOLITI 2015, 36 ss.

[5] LEVI 1985, vi, e PISANTY 1998, 178.

(muore nel 1971) dichiara che la sua coscienza è pulita, perché non avrebbe ucciso materialmente nessuno, dice lui, e inoltre, da soldato, avrebbe soltanto obbedito agli ordini. Si trattò di una tragedia di guerra, al pari di quelle di Dresda, di Hiroshima e del Vietnam. E, in questo tentativo di relativizzazione, giunge puntuale il richiamo allora di moda alla strage del villaggio di My Lay[6], riguardo alla quale, per quanto gravi siano state le colpe dell'esercito statunitense, sarebbe arduo usare il termine "genocidio". Ogni commento è superfluo, però è evidente che si sta dicendo che "una mano lava l'altra", non che le uccisioni di massa siano "un'invenzione degli ebrei". D'altro canto, è difficile trovare accadimenti maggiormente suffragati da prove precise e concordanti della Shoah: una carneficina sistematica di quella scala e complessità organizzativa non avrebbe certo potuto non lasciare tracce[7].

Il negazionismo accomuna sotto le insegne dell'antisemitismo neonazisti, gruppuscoli di sinistra, il mondo islamico in cui i *Protocolli dei Savi di Sion* circolano con successo, per arrivare al vescovo lefebvriano Williamson, a Faurisson, a Garaudy e ai loro adepti negli Stati Uniti. Del fenomeno si incomincia a discutere alla fine degli anni Settanta, anche se le sue origini sono più remote, allorché esso ebbe un'esposizione mediatica sproporzionata rispetto alla sua marginalità in Occidente e alla sua pochezza culturale.

Forse era inevitabile. Già, perché intanto i contesti sono cambiati. Dello sterminio ora infatti si discute parecchio. Esso da un lato è diventato oggetto di sacralizzazione e, dall'altro, è stato sovente banalizzato e commercializzato[8]. Rendere universalmente noti e presenti alla memoria di tutti quei tragici eventi ha avuto un prezzo. E in quel prezzo rientra anche, ma non solo, il rilancio del negazionismo. Del resto, atteggiamenti opposti per affrontare un simile passato si alimentano vicendevolmente. Sulla *Shoah* ne sappiamo molto più di ieri, rischiamo però di perdere quel senso, che avevamo nei tempi addietro, di qualcosa di talmente tremendo da vanificare ogni discorso; e qui non ci sono litoti che tengano.

Chi ha analizzato il negazionismo ne ha inventariato con cura le tecniche: l'abuso delle presupposizioni, l'estrapolazione, la decontestualizzazione, l'interpretazione letterale delle espressioni edulcorate e ingannevoli impiegate dai nazisti, la frammentazione dei documenti onde spostare l'attenzione su particolari insignificanti, l'inversione dell'onere della prova – di una prova resa tanto esigente da diventare diabolica – in testa a chi segue le tesi reputate più salde, un immancabile complottismo di fondo volto ad infirmare la credibilità dei testimoni

[6] SERENY 1974, 29, 66 ss., 135, 270, 314, 351, 368, 492 s.

[7] Persino dei duemila iloti fatti sparire dagli spartani dopo esser stati affrancati resta testimonianza in Tucidide. Cfr. VIDAL-NAQUET 2005, 173 ss.

[8] Cfr. PISANTY 2012b.

ecc. Quanti negano la negazione dovrebbero chiamare i morti alla sbarra. Niente di meno[9].

Siamo al cospetto di un desolante fallimento dei procedimenti di confronto razionale. È uno schiaffo, l'ennesimo, per noi illuministi. Anche se ormai si incomincia a capire con quanta fatica si fa strada l'esame di realtà in un mondo popolato da formazioni mitiche[10]. Il massimo che si può sperare è una ragionevolezza che si affermi in qualche misura nei tempi lunghi, allo stesso modo in cui *gutta cavat lapidem, non vi sed saepe cadendo*[11]. Non c'è dubbio che la gente coltivi le credenze più strampalate. Vi è stato persino chi si è baloccato a immaginare che Napoleone Bonaparte non fosse mai esistito se non, che so, come mito solare[12]. Molti semiologi, d'altronde, hanno costruito le loro fortune accademiche con l'analisi delle "idee deformi"[13], e dei complotti immaginari. Va da sé che i meccanismi collettivi rinsaldano tali credenze: si determina un mutuo rafforzamento della credulità individuale, perché i credenti sono spinti ad avere fiducia nelle idee comuni per il solo fatto che sono condivise dagli altri. Fra gli innumerevoli esempi che potrei addurre, mi limiterò ad accennare al caso, descritto dallo psicologo sociale Leon Festinger e dai suoi collaboratori, di una massaia che ricevette, tramite la scrittura automatica, l'annuncio dagli extraterrestri di una catastrofica alluvione che avrebbe dovuto aver luogo il 21 dicembre 1954. Per fortuna sarebbero arrivati quegli esseri superiori a mettere in salvo con i loro *flying saucers* i seguaci del gruppo. Quando la profezia non si verificò, i suoi membri, che avevano preso concrete decisioni di vita basandosi su di essa, fecero fronte alla delusione con varie strategie di riaggiustamento epistemico: anziché abbandonare le idee originarie, essi si diedero a un'intensa azione di proselitismo[14]. È questa un'esperienza tutt'altro che insolita. Basterebbe fare il nome del falso messia degli ebrei, convertito all'Islam, Shabbatai Tsevi[15].

[9] Cfr. PISANTY 1998 e VERCELLI 2013. V. anche DI GIOVINE 2006.

[10] In questo senso è possibile sostenere che i miti (Padri Pellegrini, Repubblica nata dalla Resistenza ecc.) si prestano alla fondazione delle costituzioni assai meglio delle giustificazioni razionali. Perché? Paradossalmente perché i miti si sottraggono al controllo – e quindi anche alla confutazione – razionale. Cfr. LUZZATI 2015. Anche LAKATOS 1978, 61 ss. ritiene che i programmi di ricerca necessitino di un nucleo reso inconfutabile (euristica negativa) in virtù di una decisione metodologica.

[11] V. FREUD 1927, 484 s.: «Non commettiamo tutti l'errore di porre a fondamento dei nostri giudizi periodi di tempo troppo brevi? Dovremmo rifarci all'esempio dei geologi. [...]». Per concludere: «No, la nostra scienza non è un'illusione. Sarebbe invece un'illusione credere di poter ottenere da altre fonti ciò che essa non è in grado di darci».

[12] PÉRÈS et al. 1989.

[13] Cfr. POZZATO 1989.

[14] FESTINGER et al. 1956.

[15] SCHOLEM 1941, 299-332 e SCHOLEM 1973.

Né bisogna pensare a degli "svitati", perché sovente si tratta di persone per molti aspetti socialmente ben integrate.

D'altronde, in ipotesi come queste non abbiamo a che fare con mere dissonanze *cognitive*[16]. E anche quando si discute del negazionismo è ovvio che si toccano nodi emotivi importanti. Di più, sarebbe un errore madornale ritenere che i negazionisti, per quanto callide siano le loro strategie retoriche, abbiano quale scopo preminente quello di convincere chi non rientri già nella loro cerchia, eccezion fatta per una sparuta schiera di totali sprovveduti. Dato inoltre che i negazionisti sfruttano abilmente la convenzione che l'emittente di un messaggio ritenga vero ciò che dice – allo stesso modo in cui il baro si serve parassitariamente delle regole – qui occorre far cadere la presunzione di veridicità. Non si può infatti allontanare alla leggera il sospetto che, con i loro asserti stereotipati e a tesi fissa, essi mentano sapendo di mentire[17].

A mio sommesso avviso, la presumibile finalità dei negazionisti nelle società occidentali è di autoaccreditarsi come legittimi interlocutori e di esistere mediaticamente facendo aggio a) sulle immancabili falle dei resoconti degli studiosi[18], b) sulla buona educazione degli interlocutori, c) su una malintesa libertà di parola, d) sul relativismo postmoderno per il quale qualsiasi interpretazione dei fatti è frutto di un'abile costruzione e la verità è soltanto la storia più convincente[19], e) sul senso di orrore e di incredulità che ci riempie ascoltando le testimonianze della *Shoah*[20] e,

[16] FESTINGER 1957.

[17] PISANTY 1998, 109: «In altre parole Faurisson sfrutta la convenzione secondo cui il lettore tende a dare per scontata la buona fede dell'io-enunciatore [...]». Cfr. GRICE 1989, 55 ss. Sull'azione nomotropica del baro vi sono parecchi interventi di A. G. Conte e dei suoi allievi. La presunzione di veridicità, che cioè l'emittente del messaggio sia convinto di ciò che sta comunicando, si allenta e *dovrebbe* cadere, per gli spot pubblicitari, per le arringhe degli avvocati e per i discorsi dei politici chiamati ad esporre i programmi dei loro partiti, anche se molti dei destinatari della comunicazione *sono* ingannati. Tale è la forza del principio di cooperazione che vale solitamente nello scambio ordinario faccia a faccia e, si può ipotizzare, nell'esposizione di una teoria scientifica. D'altronde, l'emittente di un messaggio propagandistico *non può ammettere* tale vizio d'origine, pena un suicidio sul piano dell'efficacia comunicativa.

[18] Vi sono stati alcuni casi clamorosi di false vittime dell'Olocausto che hanno scritto libri di successo, come p. es. Benjamin Wilkomirski (ma è uno pseudonimo) *Frantumi*, da noi pubblicato nel 1996 per i tipi Mondadori. O si pensi a Herman Rosenblat o al discusso *The Painted Bird* di Jerzy Kosinski e, riguardo al ghetto di Varsavia, a KOLITZ 1946, su cui CASES 1998 che fu commentato anche da Emmanuel Lévinas. Ma si tratta di eccezioni che non fanno testo, tanto più perché gli storici seri le hanno smascherate. Del pari, CERCAS 2015, MAGRIS 2007 e VARGAS LLOSA 2005 si interrogano anch'essi su un celebre caso riguardante un sedicente deportato spagnolo a Flossenbürg, Enric Marco, divenuto un personaggio di spicco nelle associazioni degli ex deportati.

[19] Cfr. peraltro CAVALLONE 2016, 131-148 relativamente al trasformarsi in "prove" delle insinuazioni di Iago.

[20] Cfr. LEVI 2002, 79 s.: «per la sua stessa enormità, il genocidio spinge all'incredulità, alla rimozione ed al rifiuto».

last but not least, f) sul mai sopito sensazionalismo dei mezzi di comunicazione e sull'anarchia della rete[21].

Mentre la durezza del dato fattuale s'allenta svalutandosi a discutibile opinione, non diversa da tante altre, il solo fatto di aver espresso un'opinione, anche la più balzana, è suscettibile di un rilievo obiettivo. Le ideologie, in una loro sfera, esistono, per quanto distorsive esse siano della realtà. Le opinioni sui fatti influiscono sugli uomini più dei fatti stessi. D'altronde, una volta che una cosa è stata detta può essere ripetuta, la possiamo citare, c'è. E infatti i negazionisti si richiamano a vicenda, trovando conforto nell'"autorità" dei propri compagni di strada. Il loro ideale – e qui torniamo alla novella di Munro – è quello di una discussione scientifica che si trasformi in una sorta di tribuna politica, nella quale abbiano accesso, con pari opportunità e tempo a disposizione, gli storici "sterminazionisti" e quelli "revisionisti"[22].

3. *Il gioco delle parti. Identità, scienza storica ed emozioni*

Primo Levi l'aveva capito che all'inizio i testimoni non sarebbero stati accolti con favore. Egli si identifica a più riprese con il vecchio marinaio della ballata di Coleridge che, "ad ora incerta", cerca di infliggere la sua storia di malefizi a chi non vuole ascoltarla[23]. Gli stessi aguzzini, del resto, facevano affidamento sul fatto che nessuno avrebbe prestato fede al racconto raccapricciante dei sopravvissuti, sempre che di sopravissuti ve ne fossero stati[24]. Se una volta prevalevano il silenzio rassegnato, il mutismo e la paralisi, oramai si manifestano altri meccanismi difensivi. In particolare, la testimonianza si mescola con la successiva finzione narrativa e, a tratti, si perdono i confini tra il mondo oggettivo e la sfera soggettiva[25]. Non c'è da stupirsene, in un'epoca in cui tutto diviene "virtuale".

[21] Cfr. PISANTY 1998, GINZBURG 2000 e ZICCARDI 2016.

[22] V. PISANTY 1998, 29 e *passim*; DI CESARE 2012, 9: «Contraddire il negazionista, che si trincera nel luogo della sua negazione, significa legittimarlo».

[23] BELPOLITI 2015, 470 s.

[24] Cfr. LEVI 1986, 3 ss., dove, riprendendo Simon Wisenthal, ricorda l'ammonimento delle SS ai prigionieri: «In qualunque modo questa guerra finisca, la guerra contro di voi l'abbiamo vinta noi; nessuno di voi rimarrà per portare testimonianza, ma anche se qualcuno scampasse, il mondo non gli crederà [...]». Il che contrasta con il demenziale «Abbiamo vinto!» messo in bocca al bambino Giosuè nella scena finale de *La vita è bella*.

[25] V. KULKA 1984, che esplora il riemergere del proprio vissuto di deportato nella vita ordinaria, essendo però in grado di distinguere, da storico attrezzato qual è, la *rêverie* e la rammemorazione dalla ricostruzione seria dei fatti. Tale accurata distinzione, scandita dalle fotografie per nulla museali delle rovine dei forni crematori, va controcorrente, perché l'immaginario collettivo rischia molte volte di confondere la realtà dell'Olocausto con la *fiction* su di esso, anche con quella migliore, come p. es. AMIS 2014 (ma v. anche AMIS 1991). D'altra parte, non è escluso che per narrare la vera storia dei lager sia persino corretto ricorrere a tecniche di

Proprio per questo motivo le ovvie differenze teoriche tra l'azione di negare i fatti e il revisionismo, come quello di Nolte (sventuratamente invitato a parlare in senato da Pera)[26], che invece li minimizza e/o tenta di giustificarli, rilevano assai poco sul piano dei risultati concreti: *vi è un saldo intreccio, una continuità evidente, fra i due fenomeni*. Si vuole creare un effetto Rashomon che infirmi la *normale* accettabilità delle tesi degli storici attendibili, anche se stiamo parlando, non va dimenticato, di vicende estreme che sono percepite come anormali per definizione, in quanto profondamente malate, e ripugnano all'uomo della strada amante del quieto vivere. In seguito a tale effetto di distanziamento e frammentazione il dubbio s'insinua dovunque, tutto diviene sfaccettato e interpretabile, suscettibile di decostruzioni spericolate.

D'altronde, una violenza sull'ascoltatore è fuor di dubbio. È lo stesso meccanismo per cui si sa, o si dovrebbe sapere, che i messaggi pubblicitari sono smaccate menzogne, eppure molti si ritrovano, quasi per caso, ad acquistare il prodotto reclamizzato. Anche la comunicazione dei negazionisti, come del resto ogni forma di comunicazione[27], si gioca su una varietà di registri. Più specificamente, costoro oscillano fra un linguaggio pseudoscientifico referenziale e un linguaggio connotativo fortemente polarizzante, fra uno schermo di freddezza apparente e la voglia di riscaldare l'uditorio fino a spaccarlo. Ci somministrano una doccia scozzese. Da un lato, squadernano tetre disquisizioni tecniche sulle camere a gas. Dall'altro, compaiono la partigianeria, le provocazioni, le sfide, le polemiche, gli insulti roventi, le basse insinuazioni, il vezzo di scrivere "l'olocau$to ebraico" con il simbolo del dollaro al posto della esse, l'uso denigratorio e stigmatizzante dell'appellativo "ebreo", l'atteggiamento ironico e sprezzante di fondo e, va detto, soprattutto il ricorso sistematico alla *teoria del complotto*. Molti si sono sentiti offesi e hanno risposto per le rime, accusandoli a ragione di essere "assassini della memoria", degli "Eichmann di carta"[28].

Su questo possibile esito polarizzante, che i negazionisti tutto sommato auspicano, credo si debba riflettere maggiormente. La teoria del complotto spesso

straniamento, cfr. RIPOLI 1999, 81 s., la quale ricorda il consiglio di Hitchcock di mostrare le montagne di occhiali, scarpe e valigie, andando cauti nel riprendere *direttamente* le vittime, e rammenta *Maus* di Art Spiegelman, dove si narra la *Shoah* ricorrendo al linguaggio fumettistico. Anch'io, all'inizio di questo saggio, ho usato una tecnica di distanziamento parlando, per dissipare l'ombra della morte, di letteratura e del creazionismo.

[26] Cfr. NIRENSTEIN 2003.

[27] FORNARI 1977 mette in rilievo l'evocazione di codici affettivi profondi anche in una discussione banale, quale quella che si svolge nel consiglio di classe di un istituto tecnico milanese. V. pure BATESON 1972, 248 ss. sul doppio legame (*double bind*) e, dalla prospettiva analitico-linguistica, SBISÀ 2007.

[28] Secondo VIDAL-NAQUET 2005, 41, "assassini della memoria" è una formula coniata da Y.H. Yerushalmi.

non funziona, anche perché la dimostrazione che un complotto vi sia stato sarebbe molto dispendiosa. Naturalmente esiste la scorciatoia delle allusioni, del dare per noto ciò che non si può dimostrare. D'altro canto, tale teoria non è solo uno strumento di persuasione, ma è anche un tratto essenziale, irrinunciabile, del negazionismo, nella misura in cui il complottismo negazionista, con la sua chiara struttura paranoica, basata sulla dicotomia amico-nemico, va a toccare la sacralizzazione della *Shoah*. *La quale supera la mera constatazione di certi fatti innegabili*, come ogni pubblica liturgia[29].

Questo è uno snodo estremamente delicato, come sempre accade quando entrano in gioco le identità[30]. Si rischia di credere che chi ritiene controproducente e/o discutibile la previsione di una severa punizione del negazionismo sia un cripto-antisemita[31]. Chi non si schiera con noi è un amico dei nostri nemici: ecco il pensiero persecutorio sottostante, la trappola fatta scattare dalle provocazioni negazioniste e in cui non si deve cadere.

La faccenda è resa assai più complicata e scivolosa dal culto dell'unicità dell'Olocausto e dal possibile legame fra tale culto e l'attuale stato di Israele.

È noto, lo ripeto a scanso d'equivoci, che la *Shoah* ebbe purtroppo caratteristiche che la rendono atta ad essere considerata il prototipo dei genocidi contemporanei: in primo luogo contano le dimensioni, la radicalità, la calcolata pianificazione, la gestione industriale della strage e la sorprendente fragilità di una cultura che si reputava superiore, quale quella tedesca e, per estensione, quella "occidentale" moderna; ma andrebbe valutato altresì l'antigiudaismo cristiano che fu il terreno di coltura di quei fatti e che si saldò col paganesimo anticristiano di stampo razzistico. Sotto tale profilo la *Shoah* non ebbe uguali. Tuttavia, nonostante queste caratteristiche molto specifiche della *Shoah*, trovo arduo spendere la categoria quasi teologica della unicità[32]. Non è saggio distinguere tra strage e strage o, addirittura, costruire l'Olocausto come una spaventosa elezione rovesciata, ove a compiere le scelte identitarie non sarebbero state le vittime e neppure, a voler bestemmiare, il Signore, bensì Hitler tramite le leggi di Norimberga. Non ritengo inoltre che le stragi, grandi o piccole, si compensino l'una con l'altra, rendendosi non avvenute, come in un gioco a somma zero. Ogni strage è a suo modo un'incancellabile ferita per chi la subisce e per l'umanità intera[33].

[29] Sugli incerti confini della blasfemia e dello *hate speech*, cfr. CIANITTO 2016.

[30] Vi è una stupenda novella di GUARESCHI 1953, dove si mostra che persino gli atei più incalliti, come il "Nero", non possono vendersi l'anima, un bene inesistente, al vecchio Molotti (che diventa Spiletti nella trasposizione filmica) senza cadere in un disagio senza rimedio. Cfr. TORNO 2003.

[31] Vi è un'altra complicazione perché la categoria dell'antisemitismo si è specializzata per indicare l'odio verso i soli ebrei lasciando fuori l'avversione contro gli arabi, che sono semiti anch'essi.

[32] Cfr. DI CESARE 2012, 96 ss., in particolare gli ultimi tre capitoli. Si veda anche FINKIELKRAUT 1982.

[33] A tale proposito è encomiabile WERFEL 1933, dove, com'è noto, l'autore ebreo guarda con simpatia al

Venendo al secondo punto, un'analisi storica, anche frettolosa, dovrebbe dimostrare che lo stato d'Israele *non* è nato sul *culto* della *Shoah* (sebbene la *Dichiarazione di Indipendenza* la ricordi)[34]. Il sionismo è qualcosa di precedente, esso vantava l'ideale dell'ebreo attivo, che si difende, non dell'ebreo passivo vittima delle persecuzioni[35]. Per gli israeliani l'Olocausto, prima di *diventare* una religione civile, ha rappresentato a lungo un'eredità difficile. È vero, la situazione mutò in seguito al processo a Eichmann, tuttavia non credo proprio che quanti analizzano l'Olocausto siano tenuti a parlare della complessità politica dell'odierno Israele – in cui va inclusa la compresenza di un sionismo religioso e dell'antisionismo degli *haredim* – né che coloro che discutono delle opinabili scelte politiche, come *tutte* le scelte politiche, di Benjamin Netanyahu *debbano* fare il minimo cenno allo sterminio[36]. Piuttosto, l'Olocausto va posto in relazione (oltre che col precetto ebraico del ricordo) con la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* e con l'affermarsi della tesi che i diritti fondamentali vadano garantiti *a livello internazionale* e sul piano delle costituzioni rigide: con la tesi cioè che i diritti debbano esser *sottratti alla politica*, anche a quella democratica, non potendo venir messi ai voti[37].

Le identità collettive, peraltro, hanno generalmente un che di volatile e di fantasmatico. Si porga mente ad Ali Sonboly, il giovane d'origine iraniana autore della strage di Monaco del 22 luglio 2016. Tutti stavano già mobilitando lo stereotipo dell'attentatore islamico, ma lui, rivolgendosi in stretto dialetto bavarese alle persone affacciate ai balconi che lo insultano ("straniero del cazzo!"), si proclama, con piglio da militante d'estrema destra, più tedesco di loro, esprimendo anche il proprio odio

popolo armeno sterminato dai turchi, quasi presagendo l'Olocausto ebraico e anticipandone alcune problematiche (quali il contrasto fra la passività delle vittime e il desiderio di restituire il colpo; o la tensione fra la fedeltà alla nazione adottiva di cui ci si sente parte e il *vulnus* della persecuzione). È molto interessante come questo libro, tradotto in Italia nel 1935, circolasse ancora al tempo delle leggi razziali: la mia copia personale reca la data del 1941. Già fino dalle prime parole – «Come sono venuto qui?» – che segnalano il sentirsi straniero in patria del protagonista, l'analogia tra armeni ed ebrei allora era evidente. Né si dimentichi che *Mussa Dagh* significa "Monte di Mosè". Se l'analogia sfuggì al censore fascista, *a noi* però non dovrebbe sfuggire.

[34] Quanti sono convinti che Israele sia nato sul senso di colpa dei paesi occidentali, ignorano che il voto degli stati del blocco sovietico fu decisivo per approvare la risoluzione dell'ONU che pose fine al mandato britannico.

[35] È interessante notare come l'imbarazzo per un atteggiamento troppo passivo del padre rispetto alle offese e agli atti discriminatori antisemiti portò Freud, quand'era bambino, a coltivare per reazione fantasie guerresche. Uno dei suoi eroi era il "fenicio" Annibale che sbaragliava i romani. Cfr. FREUD 1899, 185 s.

[36] Cfr. YEHOSHUA 1980, SEGEV 1991, RAVITZKY 1993, e BURG 2007. La *Shoah*, d'altra parte, è uno degli argomenti per legittimare sul piano etico-politico *l'esistenza* dello stato d'Israele quale luogo in cui gli ebrei perseguitati possono trovare rifugio. Ma anche qui bisogna guardarsi da ogni frettolosa *reductio ad Hitlerum*.

[37] Cfr. FERRAJOLI 2007. V. anche VECA 2005, 20, dove l'A. si chiede se il linguaggio dei diritti umani debba essere considerato prioritariamente una risposta alla memoria del male, e TODOROV 2001.

verso «i turchi di merda». A quanto pare, Ali Sonboly, vittima di bullismo, si era ispirato al norvegese Anders Breivik, cui è addebitabile il massacro di Utøya del 2011. Quest'ultimo, con la sua ineffabile aria nordica, si faceva fotografare col braccio teso a mo' di saluto nazista e considerava il mondo islamico come fumo negli occhi.

Questo caso di subalternità mostra che le identità non sono prefissate dalla natura delle cose o da un ferreo destino. Sono invece i soggetti che, con loro *opzioni identitarie*, si riconoscono in determinati eventi, reali o mitizzati, e nel valore che conferiscono loro[38].

4. *Il rischio di una duplice eterogenesi dei fini*

L'occasione che ha fatto sì che la discussione sul negazionismo, in realtà mai veramente esaurita, si riaccendesse anche nel nostro Paese è stata l'approvazione della legge 16 giugno 2016, n. 115, che aggiunge un nuovo comma, 3-bis, all'art. 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654 e successive modificazioni (decreto Mancino del 1993 e legge 24 febbraio 2006, n. 85 sui reati di opinione). Non credo che ci sia bisogno di dilungarsi per dimostrare che si tratta di una legge assai discutibile: a) le pene sono esorbitanti (da 2 a 6 anni) e comunque superiori a quelle previste dalla Decisione Quadro 2008/913/GAI del 28 novembre 2008 del Consiglio dell'Unione Europea che la legge n. 115 dovrebbe attuare; b) il legislatore italiano, invece di prevedere una fattispecie autonoma di reato, ha costruito il negazionismo come un'aggravante speciale; questa tecnica potrebbe essere condivisa da chi, garantisticamente, rifiuta di punire le idee in quanto tali, ma, nel nostro caso, non si delimita l'indeterminatezza delle fattispecie punibili, ma si accentua l'incertezza delle sanzioni concretamente irrogate[39]; c) sorgono infine ambiguità, problemi di coordinamento con le altre norme penali e, siccome si va oltre alla negazione della sola *Shoah*, s'affaccia il fondato timore di discussioni storiche interminabili, e non risolvibili dai giudici, sugli stermini passati, presenti e futuri[40].

Le critiche appena accennate – evito un'analisi più puntuale – non comportano però, di per sé, un'avversione in via di principio alla criminalizzazione del

[38] Cfr. WERFEL 1933, 357: «[...] Noi apparteniamo meno al luogo *da dove veniamo*, che a quello *dove vogliamo andare*!» (corsivo nell'originale). In queste cose il linguaggio e le costruzioni culturali – inclusa quella razzistica della Germania hitleriana – contano più del "sangue" (o meglio: contano più dei fatti bruti).

[39] PULITANÒ 2015, riferendosi all'approvazione della proposta da parte del Senato il 15 febbraio 2015, si chiede se sia il caso di esclamare: "molto rumore per nulla!", visto che «una circostanza aggravante si iscrive, per definizione, dentro il confine tracciato dalla fattispecie base». Cfr. PULITANÒ 2007. Del resto, anche FRONZA 2016, 70, fa presente che un'aggravante incide a livello sanzionatorio solo eventualmente, essendo soggetta a bilanciamento ex art. 69 c.p.

[40] DELLA MORTE 2016.

negazionismo.

Per prendere posizione in tale materia, occorre muovere dal "bilanciamento" fra la libertà di espressione e i beni che si intendono proteggere attraverso la tutela penale. L'esito di simili valutazioni può mutare parecchio secondo i diversi contesti. Innanzi tutto, va subito detto che il principio della libertà di parola incontra sempre qualche limite, anche negli Stati Uniti, dove è inteso con particolare ampiezza alla luce del primo emendamento[41]. I beni da tutelare nei confronti del negazionismo sono ovvi: la memoria delle vittime, il rispetto delle persone, i valori minimali su cui si basano la nostra società, ormai avviata verso il multiculturalismo, e la nostra Costituzione. Insomma, non si può permettere a nessuno di sputare sulle tombe. In ambito europeo, d'altronde, la Corte di Strasburgo si appella normalmente all'art. 10, 2° co. e all'art. 17 (abuso di diritto) della *Convenzione* EDU per frenare il negazionismo[42]. Inoltre, già in precedenza l'art. 11 della *Dichiarazione dei Diritti* del 1789 poneva una clausola dello stesso tipo («*sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi*») che faceva capire come la libertà di manifestare il proprio pensiero non fosse assoluta.

Qui però occorre distinguere. A mio avviso una cosa sarebbe un ipotetico (forse irrealistico, ma non impossibile) *mero negazionismo*, che si limitasse a negare determinati fatti storici, e un'altra sono un negazionismo o un revisionismo *qualificati*, in cui la negazione grossolana, la banalizzazione, la minimizzazione, o invece la giustificazione e l'apologia, d'uno sterminio *siano funzionali* ad una *violenta* campagna razzistica o xenofoba. Unicamente in quest'ultimo caso ha senso pensare, se non altro in astratto, ad una punibilità penale: le manifestazioni del negazionismo sarebbero allora perseguibili *non in quanto tali*, ma *se e solo se* atte a incitare all'odio o alla violenza, stabilendo chiare soglie di gravità e concretezza del pericolo[43]. In caso contrario, uscendo fuori dallo schema dell'istigazione, si

[41] ROSENFELD 1999 e WACHSMANN 1999. È noto peraltro il caso della minacciata marcia nazista a Skokie, una cittadina dell'Illinois a nord di Chicago abitata da numerosi ex deportati: i giudici accolsero la tesi che l'ostentazione di svastiche cadesse sotto la protezione del primo emendamento, cfr. *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*, 432 U.S. 43 (1978).

[42] CIANITTO 2016, 57-59. Naturalmente la categoria dell'abuso di diritto è molto delicata sul piano teorico ed esegetico, cfr. per tutti ATIENZA, RUIZ MANERO 2000 e VELLUZZI 2012.

[43] In merito alla distinzione fra revisionismo qualificato e semplice (*qualifizierte und bloße Auschwitzlüge*) nella giurisprudenza tedesca, cfr. FRONZA 2012, 34 ss. e, sull'esperienza tedesca in generale, LUTHER 2008. D'altra parte, la sentenza 13 aprile 1994 BVG, trad. it. e nota di VITUCCI 1994, 3379-3400, imbocca una china piuttosto scivolosa sostenendo che le opinioni si sottraggono ad un giudizio di verità; «l'asserzione di un fatto in senso stretto invece non costituisce manifestazione di opinione». Essa può ricadere sotto la garanzia dell'art 5 cpv. LF solo in qualità di presupposto della formazione di opinioni. Perciò, un'informazione imprecisa, «scientemente o dimostratamente falsa», non potendo fondare un'opinione, non costituirebbe un bene meritevole della tutela (ivi, 3384 s.). In realtà, di una siffatta costruzione non c'è alcun bisogno. Il problema è vedere se le affermazioni siano inquadrabili nel contesto dello *hate speech*, cfr. SPIGNO 2013, 37 ss. e BIFULCO 2012, 43 ss. a proposito della sentenza dell'11 novembre 1991, n. 214 del *Tribunal Constitucional* spagnolo, la famosa "sentenza Friedman". Sui successivi

finisce con l'andare a colpire persino una casa editrice seria e d'area democratica solo perché in un'opera di divulgazione sul Novecento gli autori *hanno omesso* di parlare del genocidio degli armeni[44]. D'altronde, qui non si fa questione di una verità storica stabilita per legge, come si è ripetuto da molte parti: deve trattarsi di tesi platealmente inaccettabili, che cioè vorrebbero smentire, *senza portare argomenti attendibili*, affermazioni largamente condivise, anche dai non specialisti di media cultura. Su tale piano, la negazione della *Shoah* e la diffusione dei *Protocolli* come se fossero un documento autentico pari sono. Qui il giudice *non deve entrare nel merito della storia*, istruendo prove, visto che si suppone per ipotesi che si sia nel contesto di una propaganda razzistica aggressiva[45].

Ciò chiarito, il problema decisivo è però un altro: considerando che il ricorso alle sanzioni penali dev'essere l'*extrema ratio* (principio di sussidiarietà), bisogna stabilire se la previsione di pene nei casi presi in esame abbia un significato *puramente simbolico*, o abbia un'efficacia dissuasiva. La risposta non è univoca: si devono analizzare le diverse situazioni. Quel che al contrario è relativamente chiaro è che spesso i processi hanno fatto una notevole pubblicità ai negazionisti, i quali si sono atteggiati a vittime[46]. Di sicuro, la nuova legge non ha scoraggiato la

sviluppi, in particolare sul caso Varela (sent. 235/2007 del 7 novembre), v. FRONZA 2012, 107 ss. Istruttiva è anche sent. 15 ottobre 2015, *Perinçek* c. *Svizzera* della Corte EDU. Per ciò che riguarda i discorsi d'odio, il riferimento d'obbligo è WALDRON 2012.

[44] Sentenza 27 novembre 2008, n. 7881 del Tribunale di Torino, pubblicata in «Giurisprudenza costituzionale», 2009, 5, 3949-3967, su cui FRONZA 2012, 104 ss. Si trattò peraltro di una causa civile, una richiesta di risarcimento per la mancata menzione del genocidio armeno quale lesione all'identità, intentata contro l'Utet. Inutile aggiungere che la casa editrice, non avendo nessun obbligo a rappresentare quelle vicende, vinse la lite.

[45] Si considerino le opposte soluzioni cui pervengono la Corte Suprema canadese con la sentenza del 27 agosto 1992 (caso Zündel), la quale ritiene che il giudice non possa tutelare la verità storica anche quando si dia corpo a falsificazioni intolleranti quali quelle contenute nel libello di Zündel, intitolato *Did Six Million Really Die?*, perché tale intrusione avrebbe un effetto paralizzante (*chilling effect*) sulla libera ricerca, e il caso *Garaudy c. France*, 24 giugno 2003, dove il giudice di Strasburgo chiarisce che qui non si tratta di intervenire nel dibattito storico, trattandosi di fatti *clairement établis*. Interessante è anche la decisione del *Conseil Constitutionnel* del 28 febbraio 2012, che dichiarò incostituzionale l'intrusione nella storia dello stesso legislatore, v. FRONZA 2012, 96-104. Su questi temi è apprezzabile quanto sostiene TROPER 1997, 202 s. Dopo aver ricordato che «un'università neanche esaminerebbe la candidatura di un sedicente storico che sostenesse la vittoria di Napoleone nella battaglia di Waterloo», egli puntualizza che per la legge Gayssot, vigente in Francia, «gli scritti negazionisti integrano già gli estremi di un reato senza dover stabilire preliminarmente che tali scritti sono menzogneri. L'incriminazione deriva così da una presunzione stabilita dal legislatore».

[46] Cfr. GUTTENPLAN 2001 sul processo civile per diffamazione intentato da Irving nel Regno Unito contro la casa editrice Penguin e Deborah Lipstadt. Quel libro mette in luce come quel processo, in cui il negazionista Irving uscì sconfitto, offrì una vasta platea a quest'ultimo e comportò una lunga e cavillosa discussione sull'Olocausto imprigionata nelle strettoie delle regole processuali inglesi. L'impatto mediatico è stato notevole, tanto più che su quella vicenda è appena uscito un film di Mick Jackson, *Denial*, anche se ovviamente l'eroina è la Lipstadt (interpretata da Rachel Weisz). Sul diritto penale simbolico v. BONINI 2003.

propaganda dei negazionisti sulla rete: le loro opere risultano a tutt'oggi ancora facilmente scaricabili da siti d'oltreoceano. Il «rimedio legittimo ma estremo»[47], dell'incriminazione, rischia dunque di dar luogo a un'eterogenesi dei fini.

La libertà di parola, naturalmente, copre anche opinioni fortemente sgradevoli e fuorvianti. D'altronde è bene che la verità in molti casi non goda di una protezione giuridica[48]. Tuttavia fino a quale livello di gravità si può tollerare l'offesa? Me lo chiedo, perché emerge un'agghiacciante continuità fra il vaniloquio negazionista e certi fatti, come per esempio la profanazione delle tombe del cimitero ebraico di Carpentras nel 1990: non ci si accontentò di disegnare svastiche sulle lapidi, ma si giunse a dissotterrare i morti[49].

Ma, abbandonando la problematica relativa agli aspetti penalistici, vorrei ora domandarmi quale debba essere il nostro atteggiamento nei confronti dei negazionisti quando reclamano la propria inclusione in un "dialogo democratico". È ancora il quesito paradossale che sorgeva leggendo la novella di Munro: chi parla con chi? Ecco la domanda più importante[50].

Prendo le mosse da una curiosa avvertenza di Valentina Pisanty premessa alla bibliografia del suo libro più noto, dove l'autrice si scusa per avervi incluso «anche i testi negazionisti, in quanto materiale su cui è stata esercitata l'analisi», pur rendendosi conto dello sconcerto che una simile contiguità tra il diavolo e l'acqua santa potrebbe suscitare[51].

La tesi di molti è che, se non si vogliono incoraggiare i negazionisti al modo di Chomsky[52], la cosa migliore è non dar loro corda, ignorandoli. Pisanty si rifà al motto "*Don't feed the troll*" per sconsigliare, sulle orme di Vidal-Naquet, di eleggere i negazionisti ad avversari diretti[53]. D'altro canto, tutti gli inviti al silenzio fatti ai media in casi come questo, o anche nell'ipotesi di reati compiuti

[47] RIPOLI 1999, 82. L'autrice confessa: «Temo di non aver contribuito al superamento del disagio da cui ho preso le mosse, disagio mio e di quanti come me assumono come valori sia l'impegno anti-razzista sia la tutela della massima libertà di espressione». Mi associo a questo stato d'animo.

[48] Cfr. per tutti, VIDAL-NAQUET 2005, 238-241.

[49] La legge Gayssot fu approvata sull'onda dell'indignazione causata da quell'avvenimento, cfr. SPIGNO 2013, 21, nt. 31 e LUTHER 2008. Le questioni vanno contestualizzate. Del resto, non si può dimenticare che Jean-Marie Le Pen, il fondatore del Fronte Nazionale, affermò durante un'intervista radiofonica del 1987: «Non dico che le camere a gas non siano esistite. Io non le ho viste. Non ho studiato la questione, ma penso che sia solo un dettaglio nella storia della seconda guerra mondiale».

[50] Il titolo ricalca MORPURGO 1998.

[51] PISANTY 1998, 339. VERCELLI 2013, 189 ss. invece supera il problema bibliografico distinguendo tra gli "studi generali" e i "testi negazionisti".

[52] CHOMSKY 1980, nel sostenere la libertà di parola per Faurisson, si premura difensivamente di chiarire che non ne conosce l'opera. Com'è noto, il testo di Chomsky fu utilizzato come prefazione a un lavoro di questo autore negazionista, quasi esprimesse un'adesione di merito. Sulla polemica che ne nacque, v. VIDAL-NAQUET 2005, 130-138.

[53] PISANTY 1998, 336-338, e ZICCARDI 2016.

appositamente per "mandare un messaggio al mondo" – si pensi agli atti terroristici – vengono regolarmente disattesi. È inevitabile.

Inoltre, l'effetto di confusione tra fantasia e realtà, la mancanza di peso degli eventi passati e la frammentazione delle informazioni sono aspetti connaturati alla struttura stessa del web, *indipendentemente dai contenuti del messaggio veicolato*. Il negazionismo è funzionale alla rete esattamente come i meccanismi che facilitano il taccheggio nei supermercati sono gli stessi meccanismi da cui dipende l'incremento delle vendite. La massa d'informazioni di cui si dispone e la "eternizzazione" di tali informazioni non sono solo un vantaggio; sono anche un inciampo. Ci troviamo spesso nella condizione di quell'uomo che, non dimenticando nulla, non era in grado di ragionare[54]. Le opinioni si trasformano in fatti e si rimpallano vicendevolmente, moltiplicandosi. Qualcosa esiste solo se, e nella misura in cui, tutti ne parlano.

Ad essere precisi, Pisanty e Vidal-Naquet propongono una soluzione più sofisticata, in quanto essi suggeriscono la formula del non parlare *con* i negazionisti, pur continuando a parlare *su* di loro[55]. A mio parere, questo invito va inteso nel senso che, salvo casi speciali, come l'esercizio del diritto alla difesa in un processo, non c'è *l'obbligo* di starli ad ascoltare o di discutere pubblicamente con loro: l'aurea massima *audiatur et altera pars* non può avere applicazione generale[56]. È compatibile con le regole democratiche non rispondere a richieste d'attenzione provenienti da chi nutra pretese assurde[57]. D'altronde, chi ha voglia di giocare a *poker* col baro, o semplicemente con qualcuno che reputa tale? Qui non c'è alcuno *scambio* dialogico: si fa passare per libera discussione un discorso unilaterale. Va

[54] LURIJA 1968. Tale ipermnesia è stata descritta con sapienza letteraria da Borges in *Funes el memorioso*.

[55] Cfr. p. es. VIDAL-NAQUET 2005, 239: «Ovviamente [...] non possiamo metterci a discutere con loro. Forse che un astronomo può mettersi a discutere con un astrologo o con una persona che affermi che la luna sia fatta di formaggio Roquefort?». Così PISANTY 1998, 337 s.: «Non parlare *con* i negazionisti [...] significa anche non parlargli *contro*, non "farsi trollare" da loro. Parlare *dei* negazionisti, viceversa, significa osservarli da una appropriata distanza [...]» svelandone le strategie. La "neutralizzazione" del negazionismo rischia di proiettare l'intolleranza di molti negazionisti su chi il negazionismo rifiuta. Il non "abboccare" alla provocazione della dicotomia amico-nemico, oltre a contenere il negazionismo, serve anche a preservare la nostra salute mentale.

[56] Il fatto che un simile obbligo sorga nell'ipotesi di un processo è un argomento contro la punizione penale.

[57] I negazionisti a volte tentano di mantenere un alone di pretesa "democraticità", presentandosi come quelli che ascoltano tutte le voci. Sul sito di una nota associazione negazionista, AAARGH, si trovano anche scritti anti-negazionisti di Primo Levi e il libro piratato *L'irritante questione delle camere a gas* di Pisanty nell'edizione del 1998. Più che mai gli utenti di internet devono stare attenti alle loro fonti. D'altra parte, se siamo esposti ad una reiterata propaganda, possiamo, una volta che l'abbiamo riconosciuta, rifiutarci di collaborare dialogicamente. Il fenomeno del negazionismo, più che al dialogo democratico, è vicino alle vendite porta a porta e all'azione di una setta invadente. Il "libero mercato delle idee" funziona solo quando è possibile rifiutarsi di comprare merci scadenti. E in casi del genere è ridicolo che i venditori insoddisfatti si proclamino vittime di un complotto.

però subito aggiunto che differenziare il parlare *con* dal parlare *su* non evita che al negazionismo venga dato rilievo. Parlare *su* è già un po' un parlare *con*. E qui interviene una seconda eterogenesi dei fini (oltre a quella rappresentata dalla criminalizzazione): sul modo di contenere il fenomeno del negazionismo esiste infatti una letteratura immensa, cui, ahimè, sto contribuendo anch'io in questo preciso momento, col risultato indesiderato di asseverarne la presenza mediatica. Non so se l'abbia fatto, ma Mike Bongiorno avrebbe avuto ottime ragioni per ringraziare Umberto Eco quando questi ne descrisse, con chiari intenti ironici, la "fenomenologia"[58].

Dopo tutto, dobbiamo in parte rassegnarci: non si può – e non è neppure utile – cercare di *sradicare* i molti fenomeni ripugnanti che caratterizzano le nostre società, e il negazionismo è tra questi.

Del resto, non sempre gli intellettuali sono le persone più adatte per capire, o addirittura padroneggiare, le dinamiche irrazionali del dialogo[59]. A mio avviso però la censura non è mai la scelta giusta. Solo andandosi a leggere i testi dei negazionisti, per lo meno i loro *otto assiomi*[60], si può veramente capire di quale pasta siano fatti i sostenitori di queste teorie.

[58] ECO 1963, 70 ss.

[59] Il dialogo è una sottospecie di discorso amoroso, in quanto suppone una reciproca fiducia (talvolta malriposta, ma esiste anche l'amore insincero, no?). Ovviamente, la lettura spregiudicata dei testi negazionisti e un discorso *su* di questo fenomeno, quando lo si ritiene opportuno, non instaura un vero dialogo. Quindi una differenza tra il parlare *con* e il parlare *di* in realtà c'è. D'altronde il venditore di fumo sfrutta la tendenza spontanea a dare per scontata, fino a prova contraria, la sincerità e le buone intenzioni dell'interlocutore. Le situazioni di fallimento dell'ideale illuministico di dialogo, ideale che ritrovo in WILLIAMSON 2015 (v. però anche le considerazioni di WILLIAMS 2002), dovrebbero servire a spiegare le situazioni in cui il dialogo funziona. Volendo fare un passo ulteriore potremmo riflettere su che cosa costituisca un uditorio e sul perché un oratore che si rivolge al pubblico faccia bene a incominciare il proprio discorso *scusandosi di parlare*. Come WERFEL 1933, 276 s. dice di un suo personaggio che s'improvvisa demagogo, egli «sapeva benissimo che un errore logico non poteva nuocere alla sua causa. Il pensiero conseguente esige uno sforzo e nessuno vuole sforzarsi». Giocano invece altri meccanismi d'inclusione (e d'esclusione) affettiva che scattano al momento dell'interazione.

[60] Sugli otto assiomi dell'*Institute for Historical Review* (IHR) fondato a Torrance in California nel 1978, v. PISANTY 2012a, 3. Oppure si veda l'attenta lettura fatta da RIPOLI 1999 di un noto lavoro di Garaudy.

Riferimenti Bibliografici

AMIS M. 1991. *La freccia del tempo*, Torino, Einaudi, 2010 (ed. or. *Time's Arrow*, London, Jonathan Cape, 1991, trad. it. di E. Capriolo).

AMIS M. 2014. *La zona d'interesse*, Torino, Einaudi, 2015 (ed. or. *The Zone of Interest*, London, Jonathan Cape, 2014, trad. it. di M. Balmelli).

ATIENZA M., RUIZ MANERO J. 2000. *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Bologna, il Mulino, 2004 (ed. or. *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta, 2000, trad. it. di V. Carnevale).

BATESON G. 1972. *Verso un'ecologia della mente*, Milano, Adelphi, 2015 (ed. or. *Steps to an Ecology of Mind*, San Francisco, Chandler, 1972, trad. it. di G. Longo e G. Trautteur).

BELPOLITI M. 2015. *Primo Levi di fronte e di profilo*, Milano, Guanda, 2015.

BIFULCO D. 2012. *Negare l'evidenza. Diritto e storia di fronte alla "menzogna di Auschwitz"*, Milano, Franco Angeli, 2012.

BONINI S. 2003. *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in «Indice penale», 6, 2003, 491 ss.

BURG A. 2007. *Sconfiggere Hitler. Per un nuovo universalismo e umanesimo ebraico*, Vicenza, Neri Pozza, 2008 (ed. or. *Lenazeah at Hitler*, Tel Aviv, Yedioth Ahronoth Books, 2007, trad. it. di E. Loewenthal).

CASES C. 1998. *Tra Auschwitz e Hollywood*, in «L'indice dei libri del mese», 1, 1998, 17.

CAVALLONE B. 2016. *La borsa di Miss Flite. Storie e immagini del processo*, Milano, Adelphi, 2016.

CERCAS J. 2014. *L'impostore*, Milano, Guanda, 2014 (ed. or. *El impostor*, Barcelona, Literatura Random House, 2014, trad. it. di B. Arpaia).

CHOMSKY N. 1980. *Some Elementary Comments on the Rights of Freedom of Expression*, apparsa come prefazione a FAURISSON R., *Mémoires en défense*, Paris, La vieille taupe, 1980 e disponibile in: https://chomsky.info/articles/19801011.htm (consultato il 15 marzo 2017).

CIANITTO C. 2016. *Quando la parola ferisce. Blasfemia e incitamento all'odio religioso nella società contemporanea*, Torino, Giappichelli, 2016.

DELLA MORTE G. 2016. *Sulla legge che introduce la punizione delle condotte negazionistiche nell'ordinamento italiano*, disponibile in: www.sidiblog.org/author/gabriele-della-morte (consultato il 15 marzo 2017).

DI CESARE D. 2012. *Se Auschwitz è nulla. Contro il negazionismo*, Genova, Melangolo, 2012.

DI GIOVINE A. 2006. *Il passato che non passa: "Eichmann di carta" e repressione penale*, in «Diritto pubblico comparato ed europeo», 1, 2006, xiii ss.

ECO U. 1963. *Diario minimo*, Milano, Mondadori, 1963.

FERRAJOLI F. 2007. *Principia iuris*, Roma-Bari, Laterza, 2007.

FESTINGER L., RIECKEN H.W., SCHACHTER S. 1956. *When Prophecy Fails*, 2 ed., London, Pinter & Martin, 2008.

FESTINGER L. 1957. *A Theory of Cognitive Dissonance*, 2 ed., Stanford (Cal.), Stanford University Press, 1962.

FINKIELKRAUT A. 1982. *L'avenir d'une négation. Réflexion sur la question du génocide*, Paris, Seuil, 1982.

FORNARI F. 1977. *Il minotauro. Psicoanalisi dell'ideologia*, Milano, Rizzoli, 1977.

FREUD S. 1899. *L'interpretazione dei sogni*, in ID., *Opere 1899*, III, Torino, Boringhieri, 1969.

FREUD S. 1927. *L'avvenire di un'illusione*, in ID., *Opere 1924-1929*, X, Torino, Boringhieri, 1978, 433 ss.

FRONZA E. 2012. *Il negazionismo come reato*, Milano, Giuffrè, 2012.

FRONZA E. 2016, *Prime osservazioni critiche sulla nuova aggravante di negazionismo*, 28 settembre 2016, disponibile in: http://www.parolaalladifesa.it (consultato il 15 marzo 2017).

GINZBURG C. 2000. *Rapporti di forza. Storia, retorica, prova*, Milano, Feltrinelli, 2014.

GRICE P. 1989. *Logica e conversazione*, Bologna, Mulino, 1993 (ed. or. *Studies in the Way of Words*, Cambridge-London, Harvard University Press, 1989, trad. it. di G. Moro).

GUARESCHI G. 1953. *Commercio*, in ID., *Don Camillo e il suo gregge*, Milano, Rizzoli, 2010, 312 ss.

GUTTENPLAN D.D. 2001. *Processo all'Olocausto*, Milano, Corbaccio, 2001 (ed. or. *The Holocaust on Trial*, New York, Norton, 2001, trad. it. di M. Sartori e M. Bocchiola).

KOLITZ Z. 1946. *Yossl Rakover si rivolge a Dio*, Milano, Adelphi, 1997 (comparso la prima volta in *yiddish* su «El diario israelita» di Buenos Aires nel 1946. L'ed. it. comprende anche la trad. del commento di LÉVINAS E., *Aimer la Torah plus que Dieu*, in ID., *Difficile Liberté. Essais sur le judaïsme*, Paris, Albin Michel, 1963).

KULKA O.D. 1984. *Paesaggi della metropoli della morte. Riflessioni su memoria e immaginazione*, Milano, Guanda, 2013 (ed. or. *Landscapes of the Metropolis of Death. Reflections on Memory and Imagination*, London, Penguin, 1984, trad. it. di E. Loewenthal).

LAKATOS I. 1978. *La metodologia dei programmi di ricerca scientifica. Scritti filosofici I*, Milano, Il Saggiatore, 1985 (ed. or. *The Methodology of Scientific Research Programmes. Philosophical Papers*, I, Cambridge, Cambridge University Press, 1978, trad. it. di M. D'Agostino).

LEVI P. 1985. *Prefazione* a HÖSS R., *Comandante ad Auschwitz*, Torino, Einaudi, 1985.

LEVI P. 1986, *I sommersi e i salvati*, Torino, Einaudi, 1986.

LEVI P. 2002. *L'asimmetria e la vita. Articoli e saggi 1955-1987*, a cura di Belpoliti, M., Torino, Einaudi, 2002.

LURIJA A.R. 1968. *Una memoria prodigiosa*, Milano, Mondadori, 2002 (ed. or. 1968).

LUTHER G. 2008. *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, Working paper n. 121, disponibile in: http://polis.unipmn.it/pubbl/RePEc/uca/ucapdv/luther121.pdf (consultato il 15 marzo 2017).

LUZZATI C. 2015. *Mobili radici. Sulla mitogenesi delle costituzioni*, in «Ragion pratica», 45, 2015, 311 ss.

MAGRIS C. 2007. *Il bugiardo che dice la verità*, in «Corriere della sera», 21 gennaio 2007.

MORPURGO E. 1998. *Chi racconta a chi? Il dialogo psicoanalitico e gli enigmi della soggettività*, Milano, Franco Angeli, 1998.

MUNRO A. 2001. *Nemico, amico, amante ...*, Torino, Einaudi, 2014 (ed. or. *Hateship, Friendship, Courtship, Loveship, Marriage*, Toronto, McClelland & Stewart, 2001, trad. it. di S. Basso).

NIRENSTEIN F. 2003. *E lo storico disse Israele nazista*, in «Repubblica», 7 maggio 2003.

PÉRÈS J.B., WHATELY R., NEWLIGHT A. 1989. *L'imperatore inesistente*, Palermo, Sellerio, 1989.

PISANTY V. 1998. *L'irritante questione delle camere a gas. Logica del negazionismo*, 2 ed., Milano, Bompiani, 2014.

PISANTY V. 2012a. *Negazionismo, genesi ed evoluzione*, disponibile in: http://osservatorioantisemi-c02.kxcdn.com/wp-content/uploads/2013/07/NEGAZIONISMO-per-ROMA-5.12.12_VPisanty.pdf (consultato il 15 marzo 2017).

PISANTY V. 2012b. *Abusi di memoria. Negare, banalizzare, sacralizzare la Shoah*, Torino, Bruno Mondadori, 2012.

POZZATO M.P. (ed.) 1989. *L'idea deforme. Interpretazioni esoteriche di Dante*, Milano, Bompiani, 1989.

PULITANÒ D. 2007. *Sulla legittimità dei reati d'opinione nella proposta Mastella*, in «Quaderni costituzionali», 2, 2007, 371 ss.

PULITANÒ D. 2015. *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in «Diritto penale contemporaneo», 8 marzo 2015.

RAVITZKY A. 1993. *La fine svelata e lo stato degli ebrei. Messianismo, sionismo e radicalismo religioso in Israele*, Genova, Marietti, 2007 (ed. or. *Ha-qetz ha-megulle u-medinat ha-Yehudim*, Tel Aviv, Am Oved, 1993).

RIPOLI M. 1999. *Ancora sul negazionismo. Garaudy letto sul serio*, in «Ragion pratica», 12, 1999, 71 ss.

ROSENFELD M. 1999. *La filosofia della libertà d'espressione in America*, in «Ragion pratica», 12, 1999, 17 ss.

SBISÀ M. 2007. *Detto non detto. Le forme della comunicazione implicita*, Roma-Bari, Laterza, 2007.

SCHOLEM G. 1941. *Le grandi correnti della mistica ebraica*, Genova, Melangolo, 1982 (ed. or. *Major Trends in Jewish Mysticism*, Jerusalem, Schocken Publishing house, 1941, trad. it. di G. Russo).

SCHOLEM G. 1973. *Sabbataï Tsevi. Le messie mystique 1626-1676*, Lagrasse, Verdier 1983 (ed. or. *Sabbatai Ṣevi: The Mystical Messiah*, 1626-1676, Princeton, N.J., Princeton University Press, 1973, trad. inglese di R.J. Zwi Werblowsky).

SEGEV T. 1991. *Il settimo milione. Come l'Olocausto ha segnato la storia di Israele*, Milano, Mondadori, 2001 (ed. or. *Ha-Milion ha-shvii. Ha-Ishraelim ve-ha-Shoah*, Tel Aviv, Domino, 1991).

SERENY G. 1974. *In quelle tenebre*, Milano, Adelphi, 1994 (ed. or. *Into That Darkness: From Mercy Killing to Mass Murder. A Study of Franz Stangl, the Commandant of Treblinka*, London, Deutsch, 1974, trad. it. di A. Bianchi).

SPIGNO I. 2013. *Argomentazioni costituzionali contro la giuridificazione della ricerca storica*, in «Ianus», 9, 2013, 11 ss.

TODOROV T. 2001. *Memoria del male, tentazione del bene*, Milano, Garzanti, 2004 (ed. or. *Mémoire du mal tentation du bien*, Paris, Laffont, 2001, trad. it. di R. Rossi).

TORNO A. 2003. *La scomparsa dell'anima: non sappiamo più che cos'è*, in «Corriere della sera», 9 settembre 2003.

TROPER M. 1997. *La legge Gayssot e la Costituzione*, in «Ragion pratica», 8, 1997, 189 ss.

VARGAS LLOSA M. 2005. *Espantoso y genial*, in «El País», 15 maggio 2005.

VECA S. 2005. *La priorità del male e l'offerta filosofica*, Milano, Feltrinelli, 2005.

VELLUZZI V. (ed.) 2012. *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Pisa, ETS, 2012.

VERCELLI C. 2013. *Il negazionismo. Storia di una menzogna*, Roma-Bari, Laterza, 2013.

VIDAL-NAQUET P. 2005. *Gli assassini della memoria. Saggi sul revisionismo e la Shoah*, Roma, Viella, 2008 (basato su *Les assassins de la mémoire. «Un Eichmann de papier» et autres essais sur le révisionnisme*, Paris, La Découverte, ed. del 2005, ma i saggi ivi raccolti risalgono fino al 1980).

VITUCCI M.C., *Olocausto, capacità di incorporazione del dissenso e tutela costituzionale dell'asserzione di un fatto in una recente sentenza della Corte costituzionale di Karlsruhe*, in «Giurisprudenza costituzionale», 39, 1994, 3379 ss.

YEOSHUA A.B. 1980. *Elogio della normalità*, Firenze, Giuntina, 1991 (ed. or. *Bizkhuth ha-normaliuth*, Tel Aviv, Schocken, 1980, trad. it. di A. Guetta).

WACHSMANN P. 1999. *Libertà di espressione e negazionismo*, in «Ragion pratica», 12, 1999, 57 ss.

WALDRON J. 2012. *The Harm in Hate Speech*, Cambridge (Mass.)-London, Harvard University Press, 2012.

WEISS P. 1965. *L'istruttoria. Oratorio in undici canti*, Torino, Einaudi, 1967 (ed. or. *Die Ermittlung: Oratorium in 11 Gesängen*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1965, trad. it di G. Zampa).

WERFEL F. 1933. *Die Vierzig Tage des Mussa Dagh*, Berlin, Zsolnay, 1933. Trad. it. *I quaranta giorni del Mussa Dagh*, Milano, Mondadori, 1941 (I ed. it. 1935).

WILLIAMS B. 2002. *Truth and Truthfulness. An Essay in Genealogy*, Princeton, Princeton University Press, 2002.

WILLIAMSON T. 2015. *Io ho ragione e tu hai torto*, Bologna, Mulino, 2016 (ed. or. *Tetralogue. I'm Right You're Wrong*, Oxford, Oxford University Press, 2015).

ZICCARDI G. 2016. *L'odio online. Violenza verbale e ossessioni in rete*, Milano, Cortina, 2016.

NORMA, OBBLIGO E SANZIONE. UNA RILETTURA DI ALCUNE NOZIONI GIURIDICHE A PARTIRE DALLA PRAGMATICA DI ROBERT BRANDOM

LEONARDO **MARCHETTONI**

&dq

Norma, obbligo e sanzione.
Una rilettura di alcune nozioni giuridiche
a partire dalla pragmatica di Robert Brandom

Norm, Obligation and Sanction.
A Reading of Some Legal Notions
After Robert Brandom's Pragmatics

LEONARDO MARCHETTONI

Università di Parma, Dipartimento di Giurisprudenza
Email: leonardo.marchettoni@unipr.it

ABSTRACT
L'obiettivo del lavoro è fornire una nuova caratterizzazione della nozione di obbligo giuridico a partire dalla pragmatica di Robert Brandom. Nella prima parte, dopo aver esposto brevemente i termini del problema concernente il significato della nozione di obbligo giuridico, introduco alcuni elementi relativi alla semantica di Robert Brandom e formulo una proposta di applicazione delle idee ispiratrici del modello brandomiano al caso del diritto. Quindi, sollevo la questione del rapporto fra il contenuto delle norme istituite e gli atteggiamenti normativi dei singoli agenti, concludendo che entro il *framework* brandomiano non è possibile immaginare la presenza di norme condivise. Nella seconda parte cerco di fornire alcune indicazioni più specifiche su come il modello potrebbe essere adattato per accogliere alcune caratteristiche peculiari del diritto.

The essay aims at providing a new understanding of legal obligation after Robert Brandom's pragmatics. In the first part, after summarizing two opposite interpretations of the notion of legal obligation, I will introduce the elements of Brandom's semantic theory and suggest a way to apply these ideas to law. Then, I will discuss the relation between norms and deontic attitudes. I will conclude that within Brandom's framework there is no room for conceiving of shared norms. In the second part, I will attempt to provide some suggestions about how to accommodate certain specific features of law.

KEYWORDS
Legal obligation, norm, sanction, Robert Brandom, H.L.A. Hart

Obbligo giuridico, norma, sanzione, Robert Brandom, H.L.A. Hart

© 2017, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
Tutti i diritti sono riservati.

Norma, obbligo e sanzione.
Una rilettura di alcune nozioni giuridiche
a partire dalla pragmatica di Robert Brandom

LEONARDO MARCHETTONI

1. *Introduzione* – 2. *Il concetto di obbligo giuridico: un'interpretazione pragmatista* – 2.1. *Tesi predittiva e tesi normativa* – 2.2. *Una riformulazione del problema* – 2.3. *Norme generali e atteggiamenti particolari* – 3. *Autorità, riconoscimento, corti* – 3.1. *Autorità e riconoscimento* – 3.2. *Il ruolo delle corti* – 4. *Conclusioni.*

1. *Introduzione*[*]

In questo lavoro mi propongo di dire qualcosa riguardo al significato dei vocaboli normativi. Ne emergerà un'immagine non convenzionale del diritto. Il mio punto di partenza è il tradizionale dibattito intorno al significato degli enunciati contenenti il termine "obbligo". Per cercare di sciogliere gli interrogativi sollevati da tale questione introdurrò alcuni elementi della teoria dell'istituzione sociale delle norme di Robert Brandom. Questa mossa mi consentirà di ripercorrere alcuni luoghi familiari della teoria del diritto.

I punti che mi propongo di toccare sono i seguenti. Nella prima parte, dopo aver esposto brevemente i termini del problema concernente il significato della nozione di obbligo giuridico, introduco alcuni elementi relativi alla semantica di Robert Brandom e formulo una proposta di applicazione delle idee ispiratrici del modello brandomiano al caso del diritto. Quindi, sollevo la questione, attinente all'interpretazione dei testi di Brandom, del rapporto fra il contenuto delle norme istituite e gli atteggiamenti normativi dei singoli agenti, concludendo che entro il *framework* brandomiano non è possibile immaginare la presenza di norme condivise.

Nella seconda parte cerco di fornire alcune indicazioni più specifiche su come il modello potrebbe essere adattato per accogliere alcune caratteristiche peculiari del diritto. Mi soffermerò in particolare sulle prestazioni di riconoscimento compiute dalle corti e sul ruolo giocato dal requisito di autorità. Va da sé che trattandosi di temi estremamente complessi che vanno a toccare nodi cruciali della riflessione filosofico-

[*] Una versione preliminare di questo testo è stata presentata il 23 marzo 2016 nell'ambito del Seminario di filosofia politica e sociale, Dipartimento ALEF, Università di Parma. L'autore ringrazia Wolfgang Huemer e Italo Testa per i loro commenti in quella occasione. Grazie anche a Luca Baccelli e a due anonimi *referees* di *Diritto & Questioni Pubbliche* per alcune utili osservazioni critiche.

giuridica, le riflessioni che presenterò nella seconda parte rivestono in molti casi carattere meramente programmatico rispetto a future e più puntuali ricerche.

2. *Il concetto di obbligo giuridico: un'interpretazione pragmatista*

2.1 *Tesi predittiva e tesi normativa*

Il concetto di norma è una delle nozioni centrali della teoria e della filosofia del diritto (vedi PINO 2013). Ma cosa sono precisamente le norme? Qual è il loro statuto ontologico e quale il loro rapporto con concetti attigui come quelli di obbligo e di sanzione? Una via di accesso privilegiata a questi interrogativi si guadagna attraverso il dibattito sulla nozione di obbligo giuridico. Vale la pena di notare che la questione che vorrei brevemente discutere, quella del significato del sintagma "obbligo giuridico", non va confusa con la questione molto più vasta, seppure ovviamente interrelata, del perché si deve obbedire al diritto (su quest'ultimo tema cfr. SCHIAVELLO 2013). Questa distinzione va tenuta presente al momento di introdurre questo dibattito.

Riguardo al problema del significato degli enunciati[1] contenenti il termine "obbligo" (o espressioni equivalenti), si registrano in letteratura due tesi prevalenti[2]:

1. Secondo la *tesi predittiva* gli enunciati che attribuiscono un obbligo a un soggetto risultano traducibili in enunciati condizionali che ricollegano la probabilità di una sanzione al mancato adempimento dell'obbligo: "Tizio ha l'obbligo di fare x" è perfettamente equivalente a "Se non farà x, Tizio probabilmente incorrerà in una sanzione". Pertanto sussiste una relazione concettuale *necessaria* e *diretta* fra la nozione di obbligo e quella di sanzione.

2. Secondo la *tesi normativa* gli enunciati che attribuiscono un obbligo a un soggetto risultano traducibili in proposizioni vertenti sull'esistenza di norme: "Tizio ha l'obbligo di fare x" è perfettamente equivalente a "Esiste una norma valida che comanda a Tizio di fare x". Pertanto la relazione concettuale fra la nozione di obbligo e quella di sanzione è non necessaria e al più *mediata* da quella che lega obbligo e norma valida[3].

[1] A rigore il problema riguarda più precisamente gli enunciati *conoscitivi* contenenti il termine "obbligo", vale a dire quegli enunciati nei quali si descrive uno stato di fatto concernente obblighi, in contrapposizione agli enunciati *prescrittivi* con i quali si comanda un certo comportamento. Nel resto di questo lavoro trascurerò questa precisazione riferendomi implicitamente agli enunciati conoscitivi.

[2] La partizione non tiene conto delle numerose variazioni che si possono riscontrare all'interno dei due campi. Per esempio, Andrei Marmor ha recentemente distinto fra un obbligo *interno*, che vige in virtù delle norme convenzionali che costituiscono le regole del discorso giuridico, e un obbligo *esterno*, relativo a norme politico-morali che impongono di prendere parte al "gioco del diritto". Vedi MARMOR 2009, 168-169.

[3] L'esistenza di una mediazione di questo tipo è particolarmente evidente per esempio nel caso di Kelsen: Kelsen sostiene che la norma giuridica vada caratterizzata come un condizionale che fa seguire

Non è difficile vedere come entrambe le tesi siano insoddisfacenti. Nel caso della tesi produttiva – è stato notato – da un lato, dire che la sanzione che incombe sull'obbligato Tizio sarà probabilmente eseguita non sembra tautologico; dall'altro, dire che Tizio, benché obbligato giuridicamente, sfuggirà probabilmente alla sanzione non sembra contraddittorio[4]. Per quanto riguarda la seconda tesi, si può notare che, una volta che la nozione di esistenza di una norma venga depurata da qualsiasi commistione con il profilo dell'effettività – che rischierebbe di ricondurla al momento sanzionatorio –, essa si riduce alla mera validità formale. Di conseguenza, la nozione di obbligo si presenta connotata dal medesimo carattere formale, nel senso di ribadire l'esistenza dell'obbligo stesso attraverso la norma da cui esso dipende.

A ben vedere, del resto, gli opposti limiti delle due concezioni dipendono dai due diversi punti di vista che ciascuna di esse rappresenta: il realismo giuridico nel caso della tesi predittiva e il normativismo nel caso della tesi normativa[5]. Secondo il primo punto di vista, infatti, la nozione di obbligo va realisticamente intesa come inseparabile da quella di sanzione; secondo i normativisti, invece, la nozione di obbligo può essere compresa soltanto in rapporto a quella di norma valida (GUASTINI 2014, 64-65).

È facile concludere che la tesi predittiva e quella normativa sono censurabili in quanto unilaterali, ma non è immediato riconoscere in che modo esse possano essere fruttuosamente combinate. Infatti, sostenere che "Tizio ha l'obbligo di fare x" è perfettamente equivalente a "Esiste una norma che comanda a Tizio di fare x e se non farà x, Tizio probabilmente incorrerà in una sanzione" sembra *ad hoc*. Una soluzione più soddisfacente dovrebbe cercare di trovare un legame più profondo fra obbligo, sanzione e norma. Evidentemente, una tale soluzione non potrebbe assumere una nozione formale di norma valida, dal momento che l'esistenza di una norma dal punto di vista formale è legata al soddisfacimento di certi criteri, appunto, formali, del tutto svincolati dalla fattualità della sanzione. In ciò che segue sosterrò che una possibile risposta può essere elaborata a partire

una sanzione al verificarsi di un determinato evento, mentre l'obbligo giuridico consiste nella «norma giuridica nel suo rapporto col comportamento concreto di un determinato individuo da essa stabilito» (KELSEN 1934, 83).

[4] Vedi HART 1982 (l'articolo di Hart costituisce la riproduzione – con alcune modifiche – di un testo apparso originariamente in italiano: HART 1966). Vedi anche HART 1961, 98 ss. È stato osservato – GAVAZZI 1966 – che l'argomento hartiano, dal momento che trascura che le nozioni probabilistiche fanno riferimento a classi di individui, più che a soggetti singoli, sarebbe inefficace contro una versione raffinata della teoria che facesse dipendere l'esistenza dell'obbligo dalla probabilità della sanzione in capo a un membro della classe di agenti cui l'obbligato appartiene. In risposta, si può notare come molto dipenda dal modo in cui è individuato il soggetto obbligato: infatti, se l'improbabilità della sanzione può essere facilmente spiegata in rapporto a un soggetto determinato, più difficile sembra ammettere che nel caso di un soggetto generico possa dirsi al tempo stesso che è obbligato e che di esso è improbabile la sanzione.

[5] Storicamente, mentre la prima è stata proposta da Jeremy Bentham, ripresa da John Austin e riscoperta da Oliver Wendell Holmes, la seconda è stata sviluppata in particolare da Herbert Hart. Vedi: BENTHAM 1776, Cap. 5; AUSTIN 1832, *Lecture* I; HOLMES 1897; HART 1961 e 1982.

da alcune considerazioni sulla natura dei fenomeni normativi sviluppate da Robert Brandom.

2.2 *Una riformulazione del problema*

Nei primi tre capitoli di *Making It Explicit* (BRANDOM 1994) Brandom introduce una prospettiva originale sui fenomeni normativi. In estrema sintesi si può dire che Brandom, per sfuggire alla dicotomia regulismo/regolarismo in materia di norme – ove per "regulismo" si intende la tesi secondo la quale le regole sono oggettivamente esistenti come idee platoniche, mentre la tesi regolarista sostiene che le regole sono riconducibili a regolarità di comportamento empiricamente osservabili –, si affida a una prospettiva pragmatista nella quale il mondo normativo – Brandom si riferisce in primo luogo alle regole che governano il funzionamento del linguaggio ma le questioni che solleva sono più generali – viene *istituito* dal comportamento sociale e nel quale le regole in vigore in un determinato momento sopravvengono sugli atteggiamenti deontici dei singoli individui, vale a dire sul modo in cui essi valutano le performance degli altri soggetti e giudicano gli autori di tali prestazioni.

Un punto importante è che per Brandom la teoria che rappresenta le regole come prodotto di un'attività sociale non può essere formulata in un linguaggio deprivato di nozioni normative. In altre parole, gli atteggiamenti deontici non possono essere ridotti, senza una sostanziale perdita esplicativa, a disposizioni comportamentali espresse in un linguaggio interamente naturalizzato, perché quel linguaggio deve contenere almeno le risorse linguistiche necessarie a esprimere la distinzione tra sanzioni negative – volte a punire comportamenti inappropriati – e positive – volte a premiare comportamenti appropriati. Inoltre, in un sistema normativo sufficientemente complesso non è possibile nemmeno offrire una naturalizzazione dell'attività di sanzionare in quanto le sanzioni *esterne* – che consistono nel conferire un certo male o un certo bene – sono accompagnate da sanzioni *interne* – che consistono in un mutamento dello status normativo del soggetto agente (sul tema cfr. MARCHETTONI 2014).

A sua volta, la caratteristica essenziale degli elementi che fanno parte del mondo concettuale è quella di essere legati fra loro *inferenzialmente* vale a dire in base a nessi che consentono di demarcare i modi validi di passare dagli uni agli altri. Per esempio, l'affermazione: "il tavolo è scarlatto" vincola – "*commits*" – chi l'ha pronunciata ad accettare l'asserzione "il tavolo è rosso", a respingere "il tavolo è verde", e dà titolo – "*entitles*" –, in presenza di adeguate premesse, ad asserzioni ulteriori. In questo modo, "scarlatto" si lega inferenzialmente sia a "rosso" che a "verde". Ne segue che i concetti familiari di cui ci serviamo per parlare del mondo rivelano una struttura articolata – che preclude una visione atomistica – e una dimensione normativa, nella misura in cui è possibile separare le transizioni corrette da quelle incorrette.

Ora, questi due aspetti, la dimensione sociale e quella inferenziale, sono connessi fra loro perché ciò da cui dipende la correttezza dei nessi inferenziali sono proprio gli atteggiamenti deontici degli agenti. La dimensione normativa dei concetti, che si manifesta nella possibilità di distinguere tra inferenze corrette e inferenze incorrette, dipende/è istituita dagli atteggiamenti deontici degli agenti.

La semantica di *Making It Explicit* può essere facilmente generalizzata. Brandom propone di analizzare uno specifico ambito di interazione sociale – il linguaggio – considerando le mosse che gli attori sociali compiono nel corso dei loro scambi linguistici in rapporto alle norme istituite dalla comunità dei parlanti, norme che definiscono quali *performances* linguistiche sono ammissibili in base alle disposizioni a sanzionare dei parlanti. Nel caso più generale si potrebbe cercare di comprendere quali comportamenti sono socialmente ammissibili sulla base delle norme istituite dai parlanti attraverso le loro disposizioni sanzionatorie. L'assunzione di fondo, molto comune nella riflessione sociologica, almeno da Weber in poi, è che l'azione sociale è comprensibile solo in quanto articola un sistema di norme.

Se si cerca di applicare il *framework* brandomiano al caso generale si potrebbe adottare il seguente punto di partenza: l'obbligo sociale rappresenta una specifica forma di *commitment*. L'obbligo non rappresenta uno *status* meramente formale, non fa riferimento a un catalogo astratto di regole, ma si concretizza nelle disposizioni a sanzionare. Nello stesso modo in cui i concetti che articolano la pratica linguistica sono legati inferenzialmente, di modo che le diverse "mosse" dei parlanti comportano diversi *status* normativi, anche le azioni che dischiudono il mondo sociale definiscono una struttura che prevede obbligazioni conseguenti alle azioni compiute. Per esempio, l'atto di entrare in chiesa può comportare il dovere di togliere il cappello.

Nel caso specifico del diritto, peraltro, una volta stipulato che l'obbligo giuridico configura un tipo specifico di *commitment*, alcune differenze fra il caso semantico, analizzato da Brandom, e quello giuridico saltano subito all'occhio. Senza alcuna pretesa di completezza, si possono sottolineare almeno aspetti come il ruolo dell'autorità e delle istituzioni e la testualità, intesa come importanza dei testi scritti. Alcuni di questi plessi tematici verranno affrontati nell'ultima sezione di questo lavoro. Per il momento vorrei sottolineare che a mio avviso l'acquisizione più importante che la teoria brandomiana promette di apportare all'analisi della nozione di obbligo giuridico è che in essa i tre termini, obbligo, sanzione e norma, sono compresenti in un modello di spiegazione unitario. La tesi predittiva era censurabile perché in essa l'elemento ulteriore rispetto all'obbligo, cui l'obbligo stesso era dichiarato equivalente – la probabilità della sanzione –, veniva introdotto come non contiguo, non relato all'obbligo stesso: l'obbligo di Tizio è equivalente alla probabilità della sanzione ma il nesso concettuale obbligo/sanzione sembra stipulato dal proponente della tesi, tant'è vero che è possibile sensatamente immaginare un obbligo senza una probabile sanzione. Per converso, se l'obbligo di Tizio è posto come equivalente all'esistenza di una norma, il nesso sembra inattaccabile sul piano

concettuale ma non viene a incidere sul comportamento: l'esistenza di una norma formalmente valida comporta l'esistenza di un obbligo ma non si comprende in che modo l'obbligo trapassi dal mero dover essere alla sfera dei meccanismi che muovono le nostre vite. In altre parole, l'astratta doverosità non incide sulla sfera soggettiva.

Ora, la concezione brandomiana dell'istituzione sociale delle norme presenta il vantaggio di legare obbligo, sanzione e norma in un modo convincente. Le norme sono istituite dagli atteggiamenti deontici dei soggetti, quindi dal modo in cui essi concretamente valutano le proprie e altrui prestazioni. Tali atteggiamenti riposano su disposizioni a sanzionare (positivamente o negativamente). Quindi, la sanzione si lega all'obbligo, non in quanto probabile conseguenza della mancata osservanza dell'obbligo stesso, ma come concretizzazione dell'obbligo in relazione alla concezione normativa degli agenti. Al tempo stesso, l'esistenza della norma non si pone come manifestazione di un astratto dover essere, ma viene concepita in rapporto al punto di vista degli agenti che, nelle loro mutue relazioni, conformano il loro comportamento sulla base di valutazioni dell'adeguatezza o della mancata correttezza delle performance dei consociati. In definitiva, l'esistenza di un obbligo in capo a Tizio non equivale alla probabilità di incorrere in una sanzione sorretta dall'esistenza di una norma, ma al fatto che i consociati di Tizio intrattengano atteggiamenti deontici che li dispongono a sanzionare le sue performance istituendo così una correlativa norma che disciplina il suo comportamento[6].

Quest'ultimo aspetto rivela però anche un limite della teoria brandomiana. Infatti, sussiste una distanza tra le norme in gioco e le concezioni normative dei singoli attori. Le regole sono un prodotto sociale, tuttavia attraverso le loro relazioni i soggetti sembrano dare vita a oggetti astratti che si aggiungono alle concezioni normative dei singoli individui, senza essere a esse riducibili. Questo esito è controintuitivo, perché non è chiaro in che modo la pluralità degli atteggiamenti normativi degli attori sociali possa istituire regole astratte sovraordinate. Se l'istituzione delle norme deriva dalle pratiche di valutazione delle *performances* messe in atto dai soggetti, in che modo è ipotizzabile l'esistenza di norme trascendenti la totalità degli attori sociali?

2.3 *Norme generali e atteggiamenti particolari*

Ricapitoliamo: nella sezione precedente ho sostenuto che la teoria della genesi pragmatica delle norme elaborata da Robert Brandom rappresenta una promettente

[6] Naturalmente, un'affermazione così netta richiede alcune precisazioni/integrazioni in rapporto agli aspetti specifici del diritto che menzionavo nel capoverso precedente. Su alcune di queste problematiche mi riservo di tornare nelle sezioni successive. Il ricorso all'armamentario teorico brandomiano presenta anche il vantaggio di legare insieme due dimensioni – l'aspetto dell'esistenza di regolarità empiricamente verificabili e l'aspetto inerente al nesso tra comportamento oggettivo e ragioni soggettive – che è sessenziale negli approcci al diritto incentrati sul concetto di convenzione. Vedi per esempio: MARMOR 1998; 2009.

risorsa per porre rimedio al carattere unilaterale delle spiegazioni correnti in tema di obbligo giuridico. Ricorrendo all'armamentario brandomiano, infatti, si riesce a mettere in rapporto il concetto di sanzione, quello di obbligo e quello di norma, superando il limite della teoria predittiva dell'obbligo, che risolveva l'obbligo nella probabilità di una sanzione, e della teoria normativa, che viceversa collegava l'esistenza di un obbligo alla presenza di una norma. Adesso, l'armamentario brandomiano permette di collegare le due nozioni, nella misura in cui riconduce l'istituzione delle norme agli atteggiamenti deontici dei soggetti entro una certa comunità, dal momento che tali atteggiamenti costituiscono una proiezione del funzionamento dei meccanismi sanzionatori.

A questo punto, si tratta di fare chiarezza sulle modalità di istituzione di norme generali da parte di singoli atteggiamenti deontici. Come è possibile passare dagli atteggiamenti deontici individuali alle norme? Quali norme vengono istituite dagli atteggiamenti confliggenti degli attori? In particolare, se due o più soggetti dissentono fra loro sulla valutazione di una condotta, quale norma viene istituita?

In astratto, potremmo immaginare tre risposte agli interrogativi che sollevavo poc'anzi.

a. Viene istituita quella norma che è più *corretta* – dove con "corretto" si fa riferimento a una proprietà che trascende la prassi.

b. La norma istituita risulta dal conflitto degli atteggiamenti in gioco e ne costituisce, in un senso da precisare, il *superamento*.

c. Non viene istituita una norma astratta ma i singoli attori rimangono intrappolati nelle loro concezioni personali.

Le prime due risposte sembrano, a prima vista, le più plausibili ma presentano entrambe, a mio avviso, problemi insormontabili. Per quanto riguarda a), infatti, sembra contraddittorio rispetto all'ispirazione pragmatista della teoria, far dipendere l'istituzione delle norme da supposte proprietà trascendenti la prassi[7]. Il caso di b) è, a ben vedere, simile. Per quanto questa soluzione sembri quella privilegiata dallo stesso Brandom[8], la sua problematicità diventa chiara non appena ci si domandi cosa significa, in concreto, che vengono istituite le norme che emergono dalla dinamica sociale dei confliggenti atteggiamenti. Per decidere quale norma emerga dal conflitto bisogna godere di un punto di vista privilegiato.

[7] Una discussione più completa di questo punto e del punto successivo dovrebbe introdurre alcuni dettagli riguardo al modo in cui, secondo Brandom, gli agenti tengono traccia degli atteggiamenti deontici dei loro interlocutori – il cosiddetto *deontic scorekeeping* – che risulterebbero fuori luogo in questa sede anche perché fanno riferimento al contesto specifico – quello della semantica – della proposta brandomiana, complicando in modo non necessario il quadro complessivo. Mi auguro quindi che le sintetiche annotazioni cui mi limito risultino sufficienti per il mio scopo.

[8] Vedi BRANDOM 1994, cap. 9, dove tuttavia Brandom approda alla conclusione che gli unici standard a fronte dei quali è possibile giudicare dell'appropriatezza delle modalità con le quali si è svolto un certo scambio linguistico sono quelli del *last judge*, vale a dire dell'ultimo soggetto che ricostruisce lo svolgersi dello scambio dialogico.

Ma non c'è niente nella concezione brandomiana che autorizzi a pensare che alcuni punti di vista sono privilegiati rispetto agli altri, pertanto non sussiste nemmeno lo spazio teorico per mettere in atto questa manovra[9].

Né, d'altra parte, è possibile ipotizzare, come pure Brandom sembra frequentemente suggerire, che il compito di sciogliere il contrasto fra atteggiamenti confliggenti possa essere assolto dalla comunità nel suo complesso. Il problema principale infatti, è che non è affatto chiaro in che modo la comunità possa esprimere un atteggiamento normativo separato e sovraordinato rispetto a quelli degli individui che la compongono: come insegnano le riflessioni di Rousseau, l'ipotesi di una volontà generale è sempre assediata dal rischio di dissolversi nella somma di volontà particolari, collegato all'emersione delle differenze che separano i singoli individui[10].

Ne segue che, a dispetto delle apparenze, la terza soluzione è quella più coerente con l'impianto della teoria. Secondo questo punto di vista, gli atteggiamenti deontici non istituiscono norme comuni ma, per così dire, ciascun agente resta intrappolato nel proprio mondo normativo[11]. Da questo punto di vista, lo slogan dell'istituzione sociale delle norme è probabilmente fuorviante, dal momento che, come chiarisce Brandom, il contenuto delle norme è sempre prospettico, nel senso che può essere specificato soltanto da una certa prospettiva e non sussiste alcun contenuto comune che passi dal punto di vista di un dato parlante a quello degli altri (BRANDOM 1994, 600). In pratica, ciò significa che i singoli agenti nel valutare una condotta dispongono di un insieme di istruzioni di base che orientano il contenuto della valutazione stessa e stabiliscono come reagire nei diversi casi[12]. Il risultato potrebbe essere etichettato come una forma di scetticismo sulle norme[13]: l'impossibilità di definire norme emergenti dal conflitto degli atteggiamenti deontici ci induce a rifiutare *tout court* il concetto di norma generale e a concettualizzare i fenomeni normativi in modo differente. L'idea guida è semplice: nel confrontarsi con il

[9] Come scrive lo stesso Brandom, il problema di decidere quali affermazioni sono vere viene risolto «differently from different points of view, and although these are not all of equal worth, there is no bird's-eye view above the fray of competing claims from which those that deserve to prevail can be identified» (BRANDOM 1994, 601).

[10] Il riferimento qui è alla nota distinzione che Rousseau nel *Contratto sociale* traccia tra "volontà generale" e "volontà di tutti". Da notare che anche gli studi contemporanei nel settore della cosiddetta "intenzionalità collettiva" assumono che le intenzioni ascrivibili al gruppo nel suo complesso si distinguono dalle intenzioni individuali perché presuppongono l'assunzione di un punto di vista condiviso. Vedi, per esempio, TUOMELA 2007.

[11] Questo esito era stato anticipato da Ronald Loeffler: «Instead, there are only scorekeepers *holding* each other to certain semantic standards under concrete discursive circumstances, *treating* themselves and others as responsible to justify their acknowledged substitutional commitments upon request, and entering into processes of negotiation in the case of manifest disagreement» (LOEFFLER 2005, 58).

[12] In che maniera sia concretamente strutturato tale insieme di istruzioni è un interrogativo che travalica lo scopo di questo saggio e la competenza del suo autore.

[13] Lo scetticismo sulle norme, generalmente collegato alla tradizione realista, da Jerome Frank a Stanley Fish, è stato il bersaglio polemico di HART 1961, cap. 7 e di DWORKIN 1986, cap. 2.

mondo i soggetti agenti mettono in campo le disposizioni che ciascuno ha acquisito attraverso le proprie esperienze precedenti sotto forma di formulazioni linguistiche, intuizioni, conoscenze tacite, ecc. Tali disposizioni non valgono a configurare regole generali e astratte in senso tradizionale – se lo facessero dovremmo ammettere che queste ultime esistono già oggettivamente, "platonicamente" o sono spiegabili naturalisticamente – per esempio, secondo una logica evolutiva – perché non sono state istituite socialmente. Pertanto le disposizioni non possono nemmeno istituire norme comuni a più agenti: rimangono istruzioni "private", legate ai singoli attori. Tuttavia, ciascun agente influenza gli agenti vicini con il proprio comportamento, dal momento che esse sono soggette a mutamento in accordo con quanto previsto da disposizioni di ordine superiore.

In definitiva, ciascun agente si comporta come un giudice che deve decidere dell'applicazione di istruzioni linguistiche e regole di esperienza ai casi concreti che di volta in volta gli si presentano, sempre che si accetti di concettualizzare la prassi giudiziale come un'attività nella quale i giudici costruiscono le norme applicate sulla base di un patrimonio di formulazioni linguistiche e materiali eterogenei e del confronto con il caso da disciplinare.

Se la distanza tra norme e atteggiamenti normativi può essere azzerata, viene ristabilita la continuità fra obbligo e disposizioni a sanzionare. Nell'economia del mio discorso questo risultato comporta che l'idea di obbligo e quella di norma siano ridotte all'attivarsi di disposizioni comportamentali. Il risultato è l'istituzione di una relazione tra obbligo e sanzione in cui la disposizione a sanzionare si inserisce in luogo del concetto di norma.

Sulla base delle considerazioni precedenti si potrebbe abbozzare una stipulazione di questo tipo: un atteggiamento deontico è descrivibile come una disposizione ad adeguare il proprio comportamento allo *status* normativo che consegue alla (in)corretta esecuzione di una certa *performance*[14], attribuendo, in ultima analisi, una certa istanza di ciò che si ritiene (male) bene all'autore della *performance* stessa. Di conseguenza, il sussistere di un obbligo in capo a Tizio sarebbe interpretabile come il darsi di adeguati atteggiamenti deontici da parte di Tizio stesso e dei suoi consociati: atteggiamenti che contemplano, in ultima istanza, la disposizione a sanzionare (nel senso specificato sopra). Lo scenario che ne risulta vede una pluralità di soggetti che agiscono sulla base di disposizioni acquisite socialmente, valutano il comportamento degli altri attori e adeguano di conseguenza le proprie risposte comportamentali. In questo mosaico, tuttavia, manca ancora un fondamentale tassello. Non è chiaro in che modo i soggetti possano variare le proprie disposizioni di base o, che è lo stesso, acquisire le disposizioni di grado superiore al primo che modificano le loro disposizioni di *default*.

[14] Corretta o incorretta ovviamente secondo gli standard, vale a dire le disposizioni di default, del soggetto giudicante.

Questo ambito problematico, peraltro, è stato analizzato con cura da Brandom che identifica, da un lato, nelle acquisizioni percettive, e dall'altro, nelle relazioni interpersonali, i fondamentali meccanismi attraverso i quali i soggetti modificano la propria competenza normativa. Se sono propenso a valutare in un certo modo una certa classe di *performances*, posso modificare le mie disposizioni in conseguenza della risposta ambientale oppure in conseguenza dell'incontro con un altro soggetto che ritengo investito da una particolare autorità normativa (BRANDOM 1994, 169 ss.). Cosicché tutto il problema della modifica delle disposizioni viene ricondotto al problema del possesso delle disposizioni di grado superiore al primo, vale a dire disposizioni a variare le proprie disposizioni di *default*.

Se si mette da parte il problema dell'acquisizione delle disposizioni di base, l'immagine che ne risulta è quella di una rete, ancorata, da un lato al mondo esterno tramite gli input percettivi, e aperta dall'altro alle valutazioni operate dagli altri agenti, entro la quale circolano informazioni idonee a sbloccare la dotazione disposizionale dei soggetti, alterando le loro propensioni comportamentali. Le disposizioni dei singoli agenti possono essere viste come "istruzioni" che richiedono di agire in un certo modo. Esse si modificano in relazione alle disposizioni di altri agenti e agli input percettivi in accordo con apposite istruzioni di secondo ordine che specificano in quali casi riconoscere il dato sensoriale come prevalente o un altro soggetto come più autorevole. A loro volta, tali disposizioni di secondo ordine possono essere modificate in base a disposizioni di ordine superiore, e così via. L'esito è quello di una sorta di *network* di istruzioni che forniscono indicazioni sul comportamento da seguire e si strutturano sulla base di una complessa articolazione interna che tiene conto dello status dei diversi *performers*. Entro questo *network* il medium che circola può essere espresso tramite il ricorso al concetto di "informazione": l'apertura al mondo esterno e il confronto con le prassi di altri soggetti agenti fanno circolare unità di informazione che valgono a modificare le disposizioni di default degli attori.

Si può osservare che in questa accezione quasi "informatica" il concetto di disposizione non esibisce alcuna ascendenza naturalistica. Non c'è niente che richieda l'adozione di un'ontologia fisicalista (cfr. MARCHETTONI 2014). Pertanto, la concezione dell'obbligo giuridico che ho proposto e che mira a risolverlo nelle variabili disposizioni a sanzionare esibite dai diversi agenti non comporta un esito naturalistico.

Cosa rimane allora dell'idea di "seguire una regola comune"? Ho sostenuto che nella prospettiva teorica del pragmatismo brandomiano risulta problematico rendere conto dell'esistenza di norme astratte comuni a più soggetti. D'altra parte, uno degli obiettivi dichiarati di Brandom è quello di costruire un'impalcatura teorica che dia conto del carattere di oggettività delle norme e della possibilità, da parte dei membri di una certa comunità, di seguire regole comuni. Al tempo stesso, la nozione di oggettività viene ridefinita in coerenza con la nuova

impostazione generale. Infatti, mentre nel lessico filosofico tradizionale – almeno dal Kant della prima *Critica* in poi – "oggettività", "oggettivo" fanno riferimento a un requisito di indipendenza da fattori inerenti al soggetto conoscente, all'interno del vocabolario brandomiano il requisito di oggettività viene collegato alla possibilità di errore da parte di tutti i membri della comunità coinvolta. Brandom caratterizza l'oggettività del contenuto concettuale come «the way in which its proper applicability is determined by how things are in such a way that anybody and everybody might be wrong in taking such a content to apply in particular circumstances» (BRANDOM 1994, 529). Si tratta quindi di una nozione "debole" di oggettività, che non a caso è stata criticata da quanti ritengano imprescindibile l'associazione tra oggettività e norme trascendenti[15]. L'idea è quella secondo la quale l'inesistenza di regole oggettive in senso forte – vale a dire, indipendenti dall'attività dei soggetti e dalle loro contingenti dotazioni – non risulta di impedimento rispetto al verificarsi della situazione in cui tutti i soggetti sono in errore nell'applicazione di contenuti concettuali a determinate circostanze. Infatti, basta immaginare un osservatore esterno che occupi una posizione che gli consenta di rilevare l'errore commesso dagli altri parlanti perché si realizzino le condizioni richieste dalla definizione di oggettività. Per questi motivi, la concezione brandomiana di oggettività si riduce a una caratteristica formale della struttura sociale dei contenuti concettuali (BRANDOM 1994, 597).

Adesso, occorre domandarci in che modo questa nozione di oggettività si proietti sul problema che ci interessa più da vicino. Nella sua risposta ad Habermas, Brandom sottolinea che l'attività di comunicare non presuppone che due o più agenti facciano esattamente le stesse mosse – questo risultato richiederebbe la presenza di regole trascendenti, proprio ciò che Brandom nega – ma consiste nella capacità di reagire in modo appropriato alle mosse di altri soggetti, e questo esito richiede soltanto che gli agenti condividano una struttura comune che consenta l'armonizzazione delle condotte dei singoli (cfr. BRANDOM 2000, 363). Più in generale, tutti i problemi concernenti l'applicazione di regole comuni possono essere visti come problemi di sincronizzazione delle rispettive condotte, nei quali ciascun agente opera sulla base della propria concezione delle regole, e quindi, in ultima analisi, sulla base delle proprie disposizioni ad agire. Applicando questa strategia al problema della spiegazione dell'obbligo giuridico, da cui sono partito, si approda a una concezione nella quale il riferimento alle concezioni normative soppianta quello alle norme. Anzi, la norma può essere vista come un *quid* che unifica retrospettivamente una pluralità di concezioni normative individuali[16]. Tuttavia, resta ferma per effetto della struttura complessiva della

[15] Vedi, a questo proposito, lo scambio con Jürgen Habermas: HABERMAS 2000 e BRANDOM 2000.

[16] In proposito, vedi anche la discussione della concezione kantiana di norma nel primo capitolo di BRANDOM 1994.

pratica la possibilità di distinguere in via di principio *status* normativi come la validità, da situazioni di fatto nelle quali la totalità dei soggetti rilevanti ritiene che una determinata norma sia valida.

Avremmo quindi questa conclusione. Essa sintetizza un approccio al significato degli enunciati concernenti gli obblighi giuridici irriducibile alle tesi esaminate in precedenza:

3. L'asserzione relativa alla presenza di un obbligo giuridico è traducibile in proposizioni vertenti sul contenuto di concezioni normative e quindi, in ultima analisi, sull'esistenza di idonee disposizioni a sanzionare in capo di chi afferma la presenza dell'obbligo in questione: "*a* afferma che Tizio ha l'obbligo di fare x" è perfettamente equivalente a "Esiste in capo ad *a* una disposizione a sanzionare Tizio se Tizio non fa x".

Questa tesi si espone a un'immediata critica: *a* può affermare che Tizio ha l'obbligo giuridico di fare x anche se non possiede nessuna disposizione a sanzionare il suo eventuale comportamento difforme? Posso asserire che Tizio abbia l'obbligo di indossare le cinture di sicurezza anche se non sono disposto a sanzionarlo in alcun modo? La chiave per rispondere a questa critica sta nel modo in cui si intende l'espressione "disposizione a sanzionare". Infatti, se si intende questa espressione in modo sufficientemente ampio si riesce a rendere conto del contenuto di "obbligo". Per esempio, anche chi non possiede alcuna disposizione a sanzionare chi non indossa le cinture di sicurezza è comunque disposto a reagire alla condotta di chi circoli senza cinture in maniera diversa da come farebbe di fronte a chi, diciamo, circola con i finestrini abbassati: per esempio, ritenendo giustificato nel primo caso, ma non nel secondo, il comportamento del vigile che elevi una contravvenzione a Tizio. Pertanto, nell'accezione più ampia, il riferimento alle disposizioni a sanzionare include in maniera complessiva tutte le disposizioni che dipendono dalla concezione normativa di chi enuncia l'obbligo giuridico.

L'esito complessivo è un assetto nel quale l'esistenza di una pluralità di concezioni normative riveste un ruolo centrale. Il presupposto irrinunciabile è la postulazione di una struttura che rende possibile "oggettivare" le differenze fra la concezione normativa di chi parla e quella di chi ascolta. Sulla base del darsi di una struttura di questo tipo, lo statuto deontico dei singoli soggetti, e quindi i loro rispettivi obblighi, viene ricostruito a partire dalle concezioni di chi, di volta in volta, sta parlando. Gli enunciati inerenti l'esistenza di obblighi sono quindi traducibili in enunciati che vertono sul contenuto delle concezioni normative dei parlanti e, in ultima analisi, sulle loro disposizioni a sanzionare, intese in modo ampio. Da qui si ricava che, entro questo modello, si rinuncia a istituire un legame tra obbligo e norma perché la norma stessa è dissolta nella pluralità delle concezioni normative dei parlanti, di cui rappresenta l'unificazione retrospettiva. Al tempo stesso, il modello presuppone una struttura entro la quale possa risaltare la distanza tra quello che la norma richiede (nella prospettiva di un singolo agente)

e quello che essa richiede nella concezione normativa di uno o più altri agenti. In questo senso, il modello rende conto dell'oggettività delle norme, analogamente a quanto Brandom sostiene a proposito dei concetti: le norme "istituite" dai consociati sono oggettive perché tutti – al limite, anche un'intera comunità – possono trovarsi in errore intorno alla qualificazione deontica di uno stato di cose.

3. *Autorità, riconoscimento, corti*

3.1 *Autorità e riconoscimento*

Nelle sezioni precedenti, attraverso il confronto con la pragmatica di Robert Brandom, ho cercato di porre le basi di un'immagine alternativa del diritto. Sono partito dal problema tradizionale dell'obbligo giuridico. Ho sostenuto che tale problema può essere affrontato in maniera più soddisfacente se si costruisce la nozione di obbligo a partire dagli atteggiamenti deontici degli attori. La peculiarità di questa soluzione è che, mentre ricollega obbligo e disposizioni a sanzionare, evidenzia come queste ultime istituiscano la norma che sancisce l'obbligo stesso. Ho poi sostenuto che l'approccio pragmatista seguito in *Making It Explicit* conduce a ritenere che le norme siano, per così dire, dissolte nelle variabili concezioni normative dei soggetti agenti, dal momento che non è pensabile alcuna forma di unificazione della pluralità degli atteggiamenti deontici sottostanti. Questo esito comporta la proposizione di un nuovo punto di vista intorno all'obbligo giuridico. Infatti, asserzioni concernenti l'esistenza di obblighi giuridici in capo a determinati soggetti risultano traducibili in enunciati concernenti la concezione normativa, e quindi le disposizioni a sanzionare, intese in senso lato, di chi formula l'asserzione. Questa nuova concezione può ben essere detta un tentativo di mediare tra la concezione predittiva e quella normativa, in quanto cerca di combinare gli elementi salienti di entrambe, trasformandoli: della teoria predittiva recupera l'attenzione verso il momento sanzionatorio, concentrandosi tuttavia non sulla possibilità che il comportamento venga sanzionato, ma sulle disposizioni sanzionatorie, intese in senso ampio, del soggetto che asserisce l'esistenza dell'obbligo; della teoria normativa recupera il nesso tra obbligo e norma, ma lo declina sostituendo alle norme astratte le concezioni normative dei singoli agenti. Adesso si tratta di vedere in che modo l'immagine complessiva del diritto risulta conseguentemente variata.

Il punto di volta del modello che propongo è rappresentato dalla distinzione tra norma e concezioni normative e dalla tesi secondo la quale tale distinzione non comporta la riducibilità della validità alla presunzione di validità da parte di un insieme di agenti. Questa tesi è un'evidente applicazione della concezione che Brandom sviluppa in *Making It Explicit* e che è diretta a sostenere l'oggettività – nel senso debole già specificato di possibilità di errore da parte di tutti gli agenti – delle

norme concettuali (cfr. BRANDOM 1994, cap. VIII). Tuttavia, questo accostamento comporta anche alcuni problemi. Come si è detto, Brandom sviluppa il proprio modello normativo in riferimento alle norme concettuali che regolano la sfera linguistica. È evidente che il caso delle norme giuridiche, che a noi interessa più da vicino, si sottrae a un puntuale accostamento a questo idealtipo. Nella seconda sezione ho indicato alcune caratteristiche specifiche del diritto che dovrebbero essere approfondite nell'ottica dell'applicazione di un modello di derivazione brandomiana. In questa sezione conclusiva vorrei riprendere brevemente queste tematiche. Naturalmente, non sarò in grado di proporne una trattazione esaustiva: sarà sufficiente, in questa sede, fornire alcune indicazioni preliminari intorno al modo in cui possono essere sviluppate, lasciando ad altra occasione una ricognizione più accurata dei problemi in gioco.

La differenza specifica più consistente risiede nel fatto che nel caso delle norme giuridiche esistono procedure definite che conducono alla validità. In rapporto alle norme di cui si occupa Brandom non si verifica niente del genere. Le norme di cui ci parla Brandom vengono "istituite" socialmente, prescindendo da una procedura definita. La valutazione intorno alla correttezza della loro applicazione è rimessa alla negoziazione tra i soggetti dotati di competenza specifica e gli altri interessati. È chiaro che esistono autorità istituzionali – esperti, accademie – chiamate a dirimere eventuali controversie in campo linguistico, ma in ogni caso questo genere di fenomeni rimane sullo sfondo. Per questo Brandom può concludere, irenicamente, che nei processi di produzione delle norme, autorità e responsabilità si intrecciano e si bilanciano, secondo un paradigma riconoscitivo che si approfondisce nei lavori seguenti del filosofo americano, anche attraverso un prolungato confronto con Hegel[17].

È chiaro che, nel quadro di una riflessione sul genere di normatività propria del diritto, la questione dell'autorità – dove il concetto di autorità connota l'istanza capace di fornire ragioni per fare o per credere qualcosa – di cui i singoli soggetti sono investiti, è assolutamente centrale. Nonostante Brandom fornisca una lettura unilaterale della nozione di autorità, che tende ad appiattirla su un genere di sapere, nell'economia del modello che sto cercando di tratteggiare la complessità delle relazioni di autorità è indiscutibile, nel senso che il riconoscimento di autorità in capo a taluni soggetti si presta ad essere decodificato in accordo con una pluralità di modelli esplicativi: in termini razionali, di potere, di status, ecc.

[17] Cfr. BRANDOM 1994, 50-52, 161 ss. Come è noto, per Hegel il riconoscimento è il processo attraverso il quale l'autocoscienza giunge a includere nel suo punto di vista la presenza di autocoscienze diverse da sé stessa. Tale nozione è stata interpretata da Brandom – in coerenza con la sua interpretazione del concetto di autorità – come se il meccanismo riconoscitivo fosse legato a una forma di sapienza, ancorata, in ultima analisi, a disposizioni che legano gli individui al mondo esterno. Vedi: HEGEL 1807, IV, A, 109-10; BRANDOM 2007; 2009, capp. 1-2. Brandom stesso ha tentato di applicare alcuni di questi concetti al diritto, assumendo Dworkin come riferimento: cfr. BRANDOM 2014.

Certamente, il nesso tra autorità e sapienza, sottolineato da Brandom, può essere utilizzato come criterio distintivo dell'autorità *legittima*, in accordo con una caratterizzazione che da Platone giunge fino a Joseph Raz. Tuttavia, è importante notare che anche l'importo della nozione di autorità si atteggia diversamente nel caso della reinterpretazione pragmatista di Brandom. La conseguenza più evidente è che la stessa nozione di autorità legittima diventa prospettica. Secondo le concezioni tradizionali sussistono alcuni requisiti oggettivi che l'autorità deve soddisfare per essere ritenuta legittima. Per esempio, secondo la *service conception* di Raz l'autorità legittima si contraddistingue perché le sue direttive permettono di raggiungere un bilanciamento di ragioni per l'azione migliore di quello che coloro che a essa sono soggetti potrebbero conseguire autonomamente (cfr. RAZ 1979; 1986; 2009). Nel momento in cui si tenta di immergere questa concezione nel contesto della teoria brandomiana, anche la tesi secondo la quale il carattere legittimo dell'autorità risiede nella razionalità delle direttive che emana deve declinarsi nel senso di ammettere che tale razionalità, e quindi anche l'effetto legittimante che ne discende, siano prospettiche, varino in relazione alle diverse concezioni normative dei singoli agenti. Ma questo richiede anche, visto che non è più possibile contare su criteri assoluti – non prospettici, indipendenti dalle singole concezioni normative – di razionalità, e quindi neanche sull'esistenza di un punto di vista esterno dal quale sia possibile rivederle criticamente, una riflessione sulle situazioni contingenti che radicano l'autorità contestuale delle istituzioni e al tempo stesso la plurivocità dei percorsi attraverso i quali l'autorità opera.

3.2 *Il ruolo delle corti*

La vita del diritto coinvolge, a diverso titolo, molte categorie di soggetti, sia fisici – giudici, politici, funzionari della Pubblica Amministrazione, avvocati, giuristi accademici, ecc. – che istituzionali – corti, organismi politici, amministrazioni pubbliche, ecc. In un certo senso, è probabilmente possibile sostenere che si tratta di un *medium* pervasivo, al pari del linguaggio, in quanto nel suo sviluppo entrano le esistenze di tutti i soggetti. All'atto pratico, dal punto di vista di una ricostruzione teorica del contenuto del diritto, molti contributi, tuttavia, risulteranno di impatto trascurabile. Al tempo stesso, si pone l'esigenza di esercitare una sorta di economia cognitiva focalizzando l'attenzione su alcuni soggetti in particolare. A questo proposito, fermo restando che è possibile operare scelte teoriche differenti, sulla scia di una venerabile tradizione realista, si potrebbe decidere di limitare l'insieme degli attori rilevanti per la comprensione del diritto alla totalità delle corti.

Le ragioni di questa scelta non risiedono tanto in un'opzione a favore del *law in action* rispetto al *law in books*. Si tratta piuttosto del fatto che focalizzarsi sull'attività delle corti permette di tenere insieme molteplici aspetti dell'esperienza giuridica. Cerco di illustrare brevemente questo punto. In primo luogo le corti

operano una prestazione di riconoscimento del diritto valido[18]. In questo senso, nel loro operato vengono in causa gli aspetti procedurali e istituzionali del diritto – per dichiarare il diritto valido, le corti devono individuare soggetti competenti e procedure corrette. Inoltre, l'esperienza dei giudici li porta a confrontarsi con la dimensione testuale del diritto: vale a dire, la circostanza ovvia che il diritto moderno è prima di tutto un diritto inscritto in testi che il giudice si trova a interpretare e ad applicare al caso concreto, operandone una riscrittura nel documento che decide la controversia a lui sottoposta (cfr. GAZZOLO 2014).

La conclusione di questa riflessione dovrebbe essere quella di riformulare il modello brandomiano che avevo provvisoriamente proposto nella seconda sezione in modo da collegare l'identificazione delle norme al comportamento delle corti. Come conseguenza, la stipulazione che ho proposto in precedenza dovrebbe essere modificata nel senso di prevedere che il sussistere di un obbligo in capo a Tizio sarebbe interpretabile come il darsi di adeguati atteggiamenti deontici da parte dei giudici, atteggiamenti che contemplano, in ultima istanza, la disposizione a sanzionare positivamente o negativamente, in conformità a quanto una norma (ritenuta) valida contempla.

La definizione, tuttavia, richiede un'integrazione. Quali giudici? Le corti costituzionali? Quelle di legittimità? I tribunali di merito? Solo le corti apicali o anche quelle di livello inferiore? E che dire della giurisdizione amministrativa, delle corti internazionali, degli organismi giudiziari che tuttavia non sono corti in senso proprio (come i *panels* del WTO)? È chiaro che non si può dare una risposta univoca a questo tipo di domande. Privilegiare soggetti diversi può rivelare prospettive differenti dalle quali contemplare i fenomeni giuridici, consentendo, altresì, differenti livelli di risoluzione. Per questo motivo la domanda "quali giudici?" non consente risposte definitive. La limitazione di attenzione all'operato delle corti deriva dell'esigenza di restringere a un ambito determinato lo spettro dei fenomeni sociali che hanno a che fare con il diritto. Da questo punto di vista, la legittimità di indagini empiriche differenti non è che un corollario dell'idea teorica generale secondo la quale per studiare il diritto bisogna disporsi a una metodica quanto inesauribile opera di ricostruzione di un *network* estremamente complesso.

Quest'ultima osservazione ci porta ad apprezzare alcune conseguenze dell'opzione metodologica in favore dell'analisi del comportamento delle corti. Una delle motivazioni soggiacenti alla scelta di privilegiare l'operato dei giudici

[18] Questa affermazione evoca immediatamente il tema hartiano delle norme di riconoscimento. Una riflessione minimamente sistematica intorno alle possibilità di una reinterpretazione brandomiana della questione richiederebbe un lavoro a sé stante, anche per l'enorme bibliografia che si è accumulata sull'argomento. Qui posso soltanto accennare a una linea guida: l'idea generale è che questa reinterpretazione dovrebbe seguire una traiettoria hegeliana, tenendo presente la lettura che della nozione hegeliana di riconoscimento ha offerto Brandom, vale a dire quella di una relazione di equivalenza – riflessiva, simmetrica e transitiva. Cfr. BRANDOM 2007.

risiede, come ricordavo più sopra, nel fatto che esso ci presenta una via d'accesso a molteplici connotati del diritto: il legame con l'autorità, l'attenzione alle procedure, il carattere istituzionale, e via dicendo. Questa affermazione può essere sostanziata dicendo che ciascuna corte, nell'esercizio delle sue funzioni giurisdizionali, deve ricostruire autonomamente un frammento del *network* del diritto, in particolare per quanto riguarda l'identificazione delle norme valide e applicabili, le interpretazioni prevalenti, ecc. Ciò porta i giudici a stabilire relazioni di riconoscimento – in senso hegelo-brandomiano più che hartiano – con altri giudici. In questo senso, essi "istituiscono" socialmente i criteri che presiedono alla qualificazione di un certo insieme di norme come diritto valido.

In concreto, se si accetta di restringere il focus sull'operato delle corti, si può immaginare di analizzare la rete i cui nodi sono gli elementi di un certo sottoinsieme delle corti e i cui archi sono costituiti dalle relazioni "di riconoscimento" che le collegano – per esempio, ma l'argomento meriterebbe una riflessione più accurata, le manifestazioni con cui si riconosce, implicitamente o esplicitamente attraverso citazioni, il lavoro di altre corti considerate più "simili"[19]. Si deve presupporre che ciascuna corte, nell'espletamento delle proprie attività, produca una rappresentazione interna di questo tipo, che riporti la sua percezione del proprio posizionamento all'interno della rete complessiva del diritto. Di modo che la costruzione complessiva comporta il vantaggio di fornirci un'immagine di insieme nella quale filtrano le auto-percezioni particolari.

La proposta di focalizzare l'attenzione sull'operato dei giudici presenta anche l'indubbio vantaggio di consentire una tematizzazione più efficace del cosiddetto "diritto globale". Come è generalmente riconosciuto, infatti, il diritto contemporaneo tende a eludere molte delle caratteristiche tradizionalmente associate al fenomeno giuridico (cfr. CASSESE 2006; FERRARESE 2012). In questo contesto, proprio l'operato dei giudici detiene una particolare rilevanza. A sua volta, esso può essere decodificato in termini di influenze di tipo causale – la propensione a sanzionare dei giudici influenza causalmente il comportamento degli agenti, scoraggiando i comportamenti giudicati "trasgressivi", ma influenza anche l'operato di altri giudici, del legislatore, ecc. –, oppure in relazione alle condizioni in base alle quali essi possono inserirsi nel circuito di produzione del diritto valido – i giudici forniscono un orizzonte normativo che orienta l'agire di altri soggetti, anche in questo caso non solo i destinatari delle norme ma anche altri giudici, politici, ecc.[20] Questo dualismo coglie una duplicità insita nella stessa proposta

[19] Un problema interessante è quello di differenziare le relazioni giudici-giudici da quelle giudici-legislatore. Una soluzione potrebbe consistere nell'immaginare che le seconde costituiscono i punti attraverso i quali la rete si "ancora" al mondo esterno, attraverso l'acquisizione dei testi sui quali si esercita l'interpretazione.

[20] Non può sfuggire come questa dicotomia ricordi il dualismo habermasiano fra "agire strategico" e "agire comunicativo".

teorica di Brandom. Il discrimine fra le due letture non è di carattere ontologico ma riguarda la prospettiva dell'osservatore: si situa nelle assunzioni relative alla somiglianza fra i soggetti implicati nel senso che, in coerenza con quello che ho sostenuto nella terza sezione riguardo all'impossibilità di una condivisione assoluta di contenuti normativi, quanto più si ritiene condiviso il punto di vista del giudice, la sua concezione normativa, tanto più si può descrivere la sua azione come istituzione di norme comuni. Questo nesso è evidente nel caso del dibattito contemporaneo intorno al cosiddetto *judicial borrowing*, vale a dire il fenomeno per cui le corti internazionali tendono a "prendere in prestito" le pronunce e i principi di diritto formulati da altre corti. La possibilità di ritenere che tale fenomeno preluda alla costruzione di un catalogo di principi universali dipende dalle assunzioni che si è disposti a sottoscrivere relativamente alla similarità fra le corti: soltanto se si tende a concepire l'esistenza di qualcosa come una comunità internazionale dei giudici si concluderà che il fenomeno del *judicial borrowing* conduca alla produzione di un diritto globale. Altrimenti, tutta la vicenda si riduce al resoconto di fenomeni di influenza da parte di corti particolarmente autorevoli a carico di altre corti "inferiori" (cfr. MARCHETTONI 2015).

Questo dualismo ha due importanti ripercussioni. In primo luogo, per quanto riguarda le prestazioni di riconoscimento connesse all'attività delle corti. Queste prestazioni consistono in generale nella dichiarazione di un certo contenuto normativo. Le corti dichiarano il diritto, nel senso di pronunciarsi su quale sia il diritto valido e applicabile al caso concreto. Così facendo arricchiscono la sfera dell'esistenza giuridica, perché tale operazione, lungi dal portare alla luce un supposto diritto preesistente, realizza una prestazione creativa con cui altri soggetti saranno chiamati a fare i conti. Non solo, questa dichiarazione può consistere nel riconoscimento di un principio formulato da un'altra corte oppure da una delle parti in causa. Tale prestazione è particolarmente rilevante in quanto consente l'emersione nell'ambito giuridico e politico di fenomeni che fino a quel momento non ne facevano parte – per esempio, il venire alla luce di nuove forme di soggettività politica, il cristallizzarsi di pretese normative, e così via. Tuttavia, se si vuole adattare questo caso all'impianto della proposta teorica brandomiana bisogna equiparare la rete formata dalle corti alla rete dei parlanti. La rete delle corti è ancorata all'esterno attraverso gli atti con i quali i giudici recepiscono novità legislative e si sviluppa nelle relazioni che le singole corti intrattengono le une con le altre. Queste relazioni vanno a influenzare il contenuto delle diverse pronunce, nel senso che ciascuna corte tenderà a conformarsi al principio di diritto enunciato dalla o dalle corti che essa ritiene più autorevole/i. Per questa via, l'attività dichiarativa/produttiva del diritto viene a insistere su relazioni di riconoscimento che, in ultima analisi, riguardano sempre altri attori, anche quando si traducono nella ricognizione di contenuti normativi. Per altro verso, su di essa si innesta la divaricazione fra lettura causale e lettura normativa, perché quanto più sono estese le assunzioni relative alla similarità

fra corti, e quindi più forte risulta la presunzione relativa alla facoltà di istituire regole comuni, tanto più risulta preclusa la possibilità di analizzarne il comportamento solo in termini di influenze causali.

Il secondo punto riguarda invece il modo in cui viene afferrata l'idea dell'autorità dei giudici. Ho detto più sopra che il concetto di autorità connota l'istanza capace di fornire ragioni per fare o per credere qualcosa. Il carattere specifico dell'attività dei giudici consiste nel fornire soluzioni a episodi di conflitto che *a*) siano assistite dalla possibilità di ricorrere, in ultima analisi, alla coazione fisica, *b*) siano emanate invocando a supporto ragioni che rinviano al sistema normativo. Entrambi i fattori, su livelli differenti, concorrono a definire due plausibili modalità in cui vengono fornite ragioni *giuridiche* a supporto delle scelte degli attori. Dunque, gli elementi autoritativi propri del diritto, che valgono a distinguerlo dagli altri sistemi normativi, possono essere colti compiutamente soltanto considerando la rete normativa costituita dalle singole corti, ma chiaramente il significato dell'intera nozione muta sensibilmente a seconda che si accolga la lettura causale o quella normativa. Infatti, nel primo caso verrà svolta una riflessione diretta a mostrare le ragioni particolari che si celano dietro una determinata decisione, mentre nel secondo verrà proposta un'indagine volta a ricostruire un percorso razionale che conduce alla decisione assunta sulla base di ragioni congruenti con un sistema normativo generale. Anche questa volta, l'elemento di distinzione fra le due letture è rappresentato dal livello di similarità che si presume sussistere fra le corti. Infatti, quanto più le corti vengono ritenute simili fra loro, tanto più è possibile ipotizzare l'operatività di meccanismi decisionali analoghi e tanto più ne risulterà una complessiva omogeneità dei prodotti normativi finali.

Questa circostanza si somma a un profilo ulteriore: si tratta del fatto che la misura dell'autorità è importante sia in rapporto al modo in cui ciascuna corte gestisce le relazioni con le altre corti – viene conferito maggior rilievo alle decisioni di corti reputate maggiormente dotate di autorità – sia per misurare il grado di influenza di ciascuna corte – l'autorità dei giudici varia a seconda del contenuto delle loro pronunce e del modo in cui esse vengono accolte. Anche questo aspetto si lega al dualismo tra letture causali e letture normative. Nel senso che quella distinzione comporta una corrispondente divaricazione nelle modalità secondo le quali viene decodificato l'elemento dell'autorità. Infatti, soltanto se si presume una sufficiente similarità fra le corti è possibile ricostruire razionalmente il legame dell'autorità con la validità, poiché è possibile configurare un orizzonte normativo comune e quindi l'indirizzo interpretativo seguito dalla corte più "autorevole" si salderà al riconoscimento della validità del quadro normativo emergente; altrimenti la riflessione sulle motivazioni che fondano l'autorità delle corti rimane consegnata a un orizzonte particolaristico e strategico.

4. *Conclusioni*

In questo saggio, seguendo Brandom, ho proposto di interpretare la nozione di obbligo nei termini degli atteggiamenti deontici dei membri di un determinato gruppo sociale. Oltre Brandom, ho sostenuto che gli atteggiamenti deontici sono interpretabili come insiemi di disposizioni a sanzionare e che questa ricostruzione si pone in contrasto con l'idea dell'istituzione di norme oggettive. Ho sostenuto che la visione che ne emerge è interpretabile in termini informazionali e che le relazioni che legano i diversi agenti possono essere utilmente concepite nel quadro di un *network* il cui mezzo circolante è l'informazione. Ne deriva una concezione nella quale la nozione di obbligo viene analizzata sulla base delle diverse concezioni normative dei soggetti e ricondotta, in ultima analisi, alle disposizioni a sanzionare intese in senso ampio.

Nella seconda parte ho sostenuto che un approccio derivato dalla pragmatica di Brandom richiede alcuni specifici adattamenti per rendere conto del caso del diritto. In questo senso, ho proposto di sostituire i parlanti che sono al centro dell'analisi brandomiana con le corti, ottenendo una prospettiva teorica incentrata sull'operato dei giudici. Inoltre, si rende necessario tenere traccia della posizione di autorità di cui sono investite le corti all'interno della rete complessiva di produzione/articolazione del diritto. Compiere questo passaggio significa tematizzare le relazioni di riconoscimento che legano le corti le une alle altre e che le connettono agli altri soggetti implicati nel discorso intorno al diritto. Tali relazioni, a loro volta, possono essere concettualizzate in termini causali oppure in termini normativi, a seconda delle assunzioni relative alle similarità degli attori rilevanti che si mettono in campo.

Riferimenti bibliografici

AUSTIN J. 1832. *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, Bologna, Il Mulino, 1995 (ed. or. *The Province of Jurisprudence Determined*, London, John Murray, 1832, trad. it. di G. Gjylapian).

BENTHAM J. 1776. *Un frammento sul governo*, Milano, Giuffrè, 1990 (ed. or. *A Fragment on Government*, London, 1776, trad. it. di S. Marcuzzi).

BRANDOM R.B. 1994. *Making It Explicit: Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1994.

BRANDOM R.B. 2000. *Facts, Norms, and Normative Facts: A Reply to Habermas*, in «European Journal of Philosophy», 8, 2000, 356 ss.

BRANDOM R.B. 2007. *The Structure of Desire and Recognition: Self-Consciousness and Self-Constitution*, in «Philosophy & Social Criticism», 33, 1, 2007, 127 ss.

BRANDOM R.B. 2009. *Reason in Philosophy: Animating Idea*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2009.

BRANDOM R.B. 2014. *A Hegelian Model of Legal Concept Determination: The Normative Fine Structure of the Judges' Chain Novel*, in HUBBS G., LIND D. (eds.), *Pragmatism, Law, and Language*, Abingdon, Routledge, 2014, 19 ss.

CASSESE S. 2006. *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

DWORKIN R. 1986. *L'impero del diritto*, Milano, Il Saggiatore, 1989 (ed. or. *Law's Empire*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986, trad. it. di A.N. Radicati di Brozolo).

FERRARESE M.R. 2012. *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

GAVAZZI G. 1966. *In difesa (parziale) di una concezione predittiva dell'obbligo giuridico*, in «Rivista di filosofia», 57, 2, 1966, 165 ss.

GAZZOLO T. 2014. *Interpretazione e (ri)scrittura*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 14, 2014, 451 ss.

GUASTINI R. 2014. *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli, 2014.

HABERMAS J. 2000. *From Kant to Hegel: On Robert Brandom's Pragmatic Philosophy of Language*, in «European Journal of Philosophy», 8, 2000, 322 ss.

HART H.L.A. 1961. *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 2002 (ed or. *The Concept of Law*, with a "Postscript", Oxford, Oxford University Press, 1994, trad. it. di M.A. Cattaneo).

HART H.L.A. 1966. *Il concetto di obbligo*, in «Rivista di filosofia», 57, 2, 1966, 125 ss.

HART H.L.A. 1982. *Legal Duty and Obligation*, in ID., *Essays on Bentham*, Oxford, Oxford University Press, 1982, 127 ss.

HEGEL G.W.F. 1807. *Fenomenologia dello spirito*, Milano, Rusconi, 1995 (ed. or. *Phänomenologie des Geistes*, Bamberg und Würzburg, Joseph Anton Goebhardt, 1807, trad. it. di V. Cicero).

HOLMES O.W. 1897. *The Path of the Law*, in «Harvard Law Review», 10, 1897, 457 ss.

KELSEN H. 1934. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 2000 (ed. or. *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtwissenschaftliche Problematik*, Wien, Franz Deuticke Verlag, 1934, trad. it. di R. Treves).

LOEFFLER R. 2005. *Normative Phenomenalism: On Robert Brandom's Practice-Based Explanation of Meaning*, in «European Journal of Philosophy», 13, 2005, 32 ss.

MARCHETTONI L. 2014. *Brandom's Theory of the Institution of Norms*, in «Philosophical Inquiries», 2, 2, 2014, 37 ss.

MARCHETTONI L. 2015. *Dialogo fra corti e* judicial borrowing*: una prospettiva inferenzialista*, in «Rivista di filosofia del diritto», 4, 1, 2015, 149 ss.

MARMOR A. 1998. *Legal Conventionalism*, in «Legal Theory», 4, 4, 1998, 509 ss.

MARMOR A. 2009. *Social Conventions: From Language to Law*, Princeton, Princeton University Press, 2009.

PINO G. 2013. *Norma giuridica*, in PINO G., SCHIAVELLO A., VILLA V. (eds.), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, Giappichelli, 2013, 144 ss.

RAZ J. 1979. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979.

RAZ J. 1986. *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1986.

RAZ J. 2009. *Between Authority and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

SCHIAVELLO A. 2013. *Perché obbedire al diritto?*, in PINO G., SCHIAVELLO A., VILLA V. (eds.), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, Giappichelli, 2013, 472 ss.

TUOMELA R. 2007. *The Philosophy of Sociality: The Shared Point of View*, New York, Oxford University Press, 2007.

IMPLICAZIONI DERIVANTI DALLA GENERICITÀ SULLA (IN)COERENZA E (IN)COMPLETEZZA DEI SISTEMI GIURIDICI

PEDRO **MONIZ LOPES**

&dq

Implicazioni derivanti dalla genericità sulla (in)coerenza e (in)completezza dei sistemi giuridici

Implications of Genericity on the (In)consistency and (In)completeness of Legal Systems

PEDRO MONIZ LOPES

Professore associato presso la Facoltà di Diritto dell'Università di Lisbona; Ricercatore Principale presso il Lisbon Centre for Research in Public Law
Email: plopes@fd.ulisboa.pt

ABSTRACT
La descrizione generica delle condotte e degli stati di cose ai quali si applicano le norme risulta particolarmente rilevante per valutare la completezza o l'incompletezza nonché la coerenza o l'incoerenza dei sistemi giuridici. Il presente articolo intende discutere queste due questioni centrali della teoria del diritto e le implicazioni di tale genericità. Si comincerà dall'analisi della struttura della norma in generale, concentrandosi in particolare sulla genericità dell'antecedente. In seguito, dopo aver illustrato le principali caratteristiche di tale proprietà, si valuterà il concetto di genericità come criterio per distinguere tra regole e principi. Si passerà poi alla valutazione di tutte le norme in base alle rispettive condizioni, sia per quanto riguarda l'(in)coerenza sia per quanto riguarda l'(in)completezza dei sistemi giuridici. Confutata la chiusura logica dei sistemi, si illustrerà il ruolo fondamentale della rappresentazione generica delle condotte da parte del sistema giuridico, come strumento per riferirsi (in maniera contingente) a tutte le condotte concepibili. Infine, si illustreranno i punti di forza e di debolezza della tesi dell'equivalenza pragmatica tra le non proibizioni e i permessi, in caso di silenzio del sistema. Anche per quanto riguarda questo punto la genericità sembra ricoprire un ruolo importante. L'ammissibilità di un'equivalenza pragmatica si tradurrà sempre nella regolazione più generica possibile, con implicazioni sulla (e relative spiegazioni della) *debolezza* dei permessi da questa risultanti.

The generic description of actions and states of affairs to which norms apply is particularly relevant for assessing the completeness or incompleteness, as well as the consistency or inconsistency, of legal systems. This paper intends to discuss the consequences of such genericity to these two central subjects of legal theory. The paper begins with the description of the general normative structure, mainly focused on the genericity of the antecedent. Subsequently, the main presupposed features of this property are explained and the concept of genericity is assessed as a criterion for the distinction between rules and principles. The evaluation of all norms through their conditions is then carried out both in what concerns (in)consistency and (in)completeness of legal systems. Upon refutation of the logical closure of normative systems, the crucial role of the generic description of actions by the legal system is highlighted as a tool for (contingently) covering all conceivable human actions. Lastly, the paper addresses the strengths and weaknesses of the thesis of pragmatic equivalence between non prohibitions and permissions *vis-à-vis* the silence of the legal system. The main conclusion is that genericity also seems to play an essential role in the latter topic. The acceptance of a pragmatic equivalence will necessarily lead to the higher possible level of genericity of the normative regulation, with implications to (and explanations of) the *weakness* of the permissions thereof.

KEYWORDS
Genericità, regole e principi, coerenza, lacune normative, permessi deboli e forti

Genericity, rules and principles, consistency, legal gaps, weak and strong permissions

DIRITTO & QUESTIONI PUBBLICHE | XVII, 2017 / 1 (giugno) | pp. 275-327

© 2017, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
Tutti i diritti sono riservati.

Implicazioni derivanti dalla genericità sulla (in)coerenza e (in)completezza dei sistemi giuridici

PEDRO MONIZ LOPES

1. *Introduzione: l'antecedente normativo* – 2. *La genericità nell'antecedente normativo* – 3. *Genericità e distinzione tra regole e principi* – 4. *Implicazioni derivanti dalla genericità sulla (in)completezza e (in)coerenza dei sistemi giuridici* – 4.1. *Genericità e (in)coerenza dei sistemi giuridici* – 4.1.1. *Genericità ed espansione dell'ambito conflittuale delle norme* – 4.1.2. *Genericità e confutazione dei conflitti "alla luce dei fatti"* – 4.2. *Genericità e (in)completezza dei sistemi giuridici* – 4.2.1. *Tipologia di lacune dei sistemi giuridici* – 4.2.2. *Lacune normative, rilevanza e (in)completezza dei sistemi giuridici* – 4.2.3. *Necessità e contingenza nell'(in)completezza dei sistemi giuridici* – 4.2.4. *Norme di chiusura e (in)completezza dei sistemi giuridici* – 4.2.5. *La completezza del sistema giuridico portoghese* – 4.3. *La tesi della necessità logica della completezza e relativi equivoci* – 5. *La tesi dell'equivalenza pragmatica tra la non proibizione e il permesso: la forza dei permessi* – 5.1. *La teoria di Soeteman e Manero* – 5.2. *Tre critiche di Bulygin* – 5.2.1. *Argomento I: la gerarchia del sistema; replica: le lacune tecniche* – 5.2.2. *Argomento II: l'"aggregazione"; replica: la possibilità dell'equivalenza pragmatica* – 5.2.3. *Argomento III: proposizioni negative indefinite; replica: regolazioni generiche di grado massimo e la dimensione situazionale dei soggetti del sistema giuridico* – 5.3. *La graduazione della protezione dei permessi.*

1. *Introduzione: l'antecedente normativo*

In *Norm and Action*, von Wright afferma paradigmaticamente che le *condizioni di applicazione* delle norme corrispondono alle condizioni minime che devono essere soddisfatte qualora ci sia la possibilità di realizzare il contenuto di una norma (*norm-content*), ovvero la condotta o l'attività che è obbligatoria, permessa o proibita[1].

> «Le condizioni di applicazione delle norme elementari sono semplicemente le condizioni per realizzare le corrispondenti condotte elementari. Si supponga che p descriva uno stato di cose. Si

[*] La base di questo articolo è un paper presentato nel XXII Seminario Luso-Hispano-Franco-Italiano di Teoria del Diritto, che si è svolto presso la Facoltà di Diritto dell'Università di Lisbona il 14 e il 15 giugno 2016. Uno speciale ringraziamento va a Giorgio Pino che, in qualità di commentatore, ha dato vita ad una discussione molto proficua. Ringrazio inoltre i commenti e le critiche di Rafael Hernández-Marín, Juan Ruiz Manero, Tecla Mazzarese, Josep Joan Moreso, Jordi Ferrer Beltrán, Luís Duarte d'Almeida, Juliano Maranhão, David Duarte e Sérgio Mascarenhas. Ovviamente, per quanto riguarda gli equivoci da me dimostrati, *sibi imputet*.

[1] VON WRIGHT 1963, 71 ss.; 74 ss.; ROSS 1968, 108. Nel testo si prenderanno in considerazione solo le norme regolative, mentre saranno tralasciate, in tutte le problematiche trattate, le norme costitutive. Su questa distinzione si veda, tra gli altri, BELTRÁN 2000, 123 ss.

prenda in considerazione un'occasione nella quale non è stato ottenuto né si è verificato tale stato di cose, indipendentemente dalle condotte. Ciò costituisce un'opportunità di realizzare o cessare di realizzare, attraverso la condotta, l'alterazione elementare descritta da ~pTp. Realizzare tale alterazione può essere obbligatorio o permesso. Lasciare in sospeso la realizzazione di tale alterazione può essere allo stesso modo obbligatorio o permesso. Le espressioni simboliche per queste quattro prescrizioni elementari sono: Od(~pTp), Pd(~pTp), Of(~pTp) e Pf(~pTp)»[2].

Le norme operano in uno scenario di contingenza: l'obbligo implica la possibilità fattuale (*impossibilium est nulla obligatio*). Ogni norma include un antecedente che rappresenta perlomeno un'opportunità di realizzare il contenuto del conseguente. Il conseguente, dal suo canto, non può essere inquadrato in un caso di *ça va de soi*[3]. Di conseguenza, l'aspetto categorico delle norme si manifesta solo a livello linguistico dell'enunciato normativo. L'enunciato (1) "bisogna sempre chiudere la porta" può essere definito (didatticamente) come categorico, anche se la condizione logicamente dipendente del conseguente non è qui implicata (ovvero, la porta è aperta e non si chiude da sola): in questo caso, la condizione della norma è data, come riferisce von Wright, con il suo stesso contenuto normativo[4]. L'enunciato può altresì essere caratterizzato (didatticamente) come *universale*: sebbene includa condizioni di applicazione che vanno a contraddire tale universalità di applicazione (come tutte le norme), tali condizioni sono strettamente funzionali al conseguente. Al contrario, l'enunciato (2) "bisogna sempre chiudere la porta quando piove" può essere (didatticamente) definito come ipotetico, dato che la norma include, in aggiunta alla condizione logicamente dipendente, una condizione logicamente indipendente dal conseguente, ovvero lo stato di cose "piove". La norma può essere caratterizzata (didatticamente) come occasionale semplicemente perché l'antecedente include condizioni che non sono logicamente collegate al conseguente.

Se non si considera la dimensione didattica, la visione *hard* della realtà normativa sostiene che tutte le norme sono per definizione *(i)* ipotetiche e *(ii)* occasionali. Sono (i) ipotetiche dato che includono necessariamente le condizioni di applicazione (anche se solo quelle logicamente presupposte per il conseguente); sono (ii) occasionali visto che la definizione stipulativa di tali condizioni implica *pari passu* la definizione di occasioni nelle quali, per la mancanza dell'opportunità di realizzare la condotta (inclusa nel *norm-content*), la norma non è operativa[5].

Qualificare tutte le norme come ipotetiche richiede una descrizione sintetica dei

[2] VON WRIGHT 1963, 73.

[3] Il contenuto delle norme giuridiche non può né essere aleticamente necessario (*die Menschen sollen sterben)*, né fattualmente impossibile (*die Menschen sollen nicht sterben*). KELSEN 1979, 43-45; NINO 2003, 291.

[4] VON WRIGHT 1963, 74.

[5] Diversamente, per quanto riguarda i principi, ad esempio, MARTÍNEZ-ZORRILLA 2007, 81-84. Ammettendo norme categoriche come prescrizioni via un insieme vuoto di fatti, NAVARRO, RODRÍGUEZ 2014, 179.

tre elementi dell'antecedente. Tutte le norme sono rivolte a soggetti (*adressees*): la localizzazione dei destinatari (elemento$_1$) è una derivazione necessaria della proposizione secondo la quale il diritto è una creazione dell'uomo rivolta all'uomo. Tutte le norme regolano le condotte (ovvero sono le ragioni alla base delle azioni): fanno pressione sulle *condotte umane* ipoteticamente descritte (elemento$_2$) nel loro antecedente[6]. Tutte le norme includono nell'antecedente condizioni obiettive o occasioni di applicazione (elemento$_3$), più precisamente quelle descritte da von Wright come, perlomeno, le *opportunità di realizzare il conseguente* o, nel caso di condizioni non logicamente collegate al conseguente, ogni stato di cose isolato come condizione per realizzare la condotta [ad es., "chiudere la porta se (è aperta e) sta piovendo"][7].

La caratteristica isolata per qualificare un comando deontico come una norma – fatta salva, ovviamente, la concezione kelseniana di norme individuali – è la definizione, nel contesto dell'emissione del comando, di una *classe aperta* suscettibile di variazioni logiche temporali[8]. Le norme sono generalizzazioni deontiche: si applicano a tutte le condotte *z* di tutti gli *x* (∀x) ogni volta che si verifica *y* [∀x(y)]. Più nello specifico, sono generalizzazioni deontiche soppressive, nel senso schaueriano. La generalizzazione nella creazione delle norme è un corollario del necessario deficit epistemico (*incomplete knowledge of states of affairs*) nel quale si trova l'autorità normativa al momento della positivizzazione normativa[9]. Nella qualificazione degli elementi dell'antecedente sorgono delle ambiguità relativamente a tale soppressione. È relativamente pacifico che le norme si applicano a *tutti* (*all, whole* = quantificazione universale) i singoli (da x_1 a x_n) che siano membri di x. Si può quindi affermare che si applicano a *qualsiasi* (*a, any*) condotta singola (da z_1 a z_n) che sia membro di z (una condotta o categoria di condotte descritte nell'antecedente), a condizione che si verifichi una *qualsiasi* (*a, any*) singola circostanza non specifica (da y_1 a y_n) che sia membro di y (un'occasione o una categoria di occasioni descritte nell'antecedente)[10]. Sussiste tuttavia una distinzione tra la generalità (*all, whole*) e la genericità (*a, any*).

[6] Sulle ragioni per l'azione, RAZ 1999, 15-48. Su questa «*pressure of rules*» (senza fare distinzione tra *regole* e *principi*), SCHAUER 1991, 2-5. La pressione normativa esercitata dalle norme non può incidere esclusivamente sugli stati di cose, reale o ideale, inerte (ad es. su oggetti o su altre norme). Anche le norme di definizione semantica o le norme abrogative includono nel loro antecedente una condotta umana (rispettivamente, interpretare enunciati normativi o applicare norme giuridiche).

[7] Sui tre elementi nella rappresentazione dell'antecedente, VON WRIGHT 1963, 70 ss.; ROSS 1968, 107 ss.

[8] La definizione classica è quella di ROSS 1968, 109 ss. È tuttavia necessario considerare che l'interesse di Ross era rivolto principalmente ai destinatari.

[9] HART 1994, 128 ss.; ALCHOURRÓN, BULYGIN 1971, 61; BELTRÁN, RATTI 2012, 13. Relativamente alla generalizzazione soppressiva, SCHAUER 1991, 39.

[10] SCHAUER 1991, 18 ss. Nella generalizzazione soppressiva inerente alla norma giace, ovviamente, la radice delle conosciute sopra-inclusività e sub-inclusività.

2. *La genericità nell'antecedente normativo*

Nell'interpretazione degli enunciati, tanto descrittivi quanto prescrittivi, possono essere predicate varie proprietà (ad es. vaghezza, struttura aperta, genericità)[11]. La vaghezza è un predicato delle parole; la genericità è un predicato degli enunciati. La co-esistenza di entrambe in un enunciato è contingente. Le asserzioni vaghe sono asserzioni il cui grado di verificabilità è ridotto, data l'incertezza semantica implicita nelle parole[12]. Diversamente, le asserzioni generiche non includono necessariamente un grado di verificabilità ridotto. Sono asserzioni che sono frequentemente vere o frequentemente false, sebbene tale verità o falsità sia relativamente banale. Si può pensare all'asserzione generica, presuntivamente vera, "uno (= qualsiasi) svedese è alto", nonostante le singole asserzioni "Sven non è alto" e "Sven è svedese" siano anch'esse vere. Le asserzioni generiche non esprimono una quantificazione universale[13]. In tal senso, sono più simili al *default reasoning*[14].

Si pensi a l'ordine "insegna un trucchetto al cane"[15]. La genericità non risulta dalla vaghezza della parola *trucchetto*, si evince dall'articolo indefinito "*un*" (= *qualsiasi*). La genericità è solitamente (ma non esclusivamente) riscontrata tramite l'uso di articoli indefiniti come "un", partitivi come "di" o pronomi indefiniti come "qualsiasi". Qualsiasi attività che deve essere specificata dall'emittente dell'atto di parola e che sia inclusa nello spettro semanticamente vago della parola "trucchetto" è indifferente per l'emittente. Implicando una minore verificabilità, la vaghezza rende l'enunciato relativamente incerto per quanto riguarda le sue condizioni o l'ambito del conseguente. D'altro canto, la genericità implica l'ammissione di un grado ridotto di informazione significativa tradotta dall'enunciato. Ad esempio, nell'ambito del discorso prescrittivo, si può pensare alla prescrizione presuntivamente applicabile, relativa ad un dato sistema giuridico (SG) "una (= qualsiasi) promessa deve essere mantenuta", nonostante la prescrizione "una promessa può non essere mantenuta per salvare una vita" sia anch'essa valida in questo SG. Enunciati come "una promessa deve essere mantenuta" non ci dicono molto sulle condizioni alle quali le promesse devono essere mantenute. Semplicemente prescrive che, *per difetto*, le promesse devono essere mantenute (ovvero, "una promessa deve essere mantenuta" non equivale alla ragione conclusiva "una promessa deve essere mantenuta *in ogni caso*").

Nella misura in cui non si vanno a distinguere le specificità dei casi che richiedono la verità dell'asserzione, *la genericità descrive disgiuntamente tutte le*

[11] ENDICOTT 2000, 72 ss.; ASGEIRSSON 2012, 299 ss.; SCHAUER 2011, 4.

[12] Ad es., l'asserzione "tutti i cigni sono belli" necessita di un certo consenso sulla bellezza o sulla definizione dei paradigmi che ne stanno alla base.

[13] COHEN 2002, 60 ss.; PINTORE 1982, 23. Si veda MONIZ LOPES, 2017.

[14] KRIFKA 1987, 4 ss. In merito al *default reasoning*, MARANHÃO 2012, 84 ss.

[15] Sull'esempio "insegna un gioco al bambino" si veda WITTGENSTEIN 1953, 230 ss.

realtà incluse nell'enunciato[16]. È rilevante notare che tale disgiunzione non è esclusiva ma *inclusiva*[17]. Nel discorso descrittivo, la verità di un enunciato con disgiunzione esclusiva (*aut, aut*) implica che una delle asserzioni disgiunte sia vera e che l'altra sia necessariamente falsa. Le affermazioni disgiunte non possono essere né tutte vere né tutte false: in caso contrario l'enunciato sarà falso. D'altro canto, la verità di un enunciato con disgiunzione inclusiva (*vel, vel*) implica che, perlomeno, una delle asserzioni disgiunte sia vera, anche se è ammissibile che entrambe siano vere, ovvero le asserzioni disgiunte possono essere vere, così come l'enunciato[18].

La relazione di proporzionalità inversa tra il grado quantitativamente elevato e quello qualitativamente basso di informazione fornita da un'asserzione generica risulta ora più chiara. Nel discorso prescrittivo, le norme alle quali si predica un grado elevato di genericità nell'antecedente includono un basso grado di informazione qualitativa per una soluzione *all things considered* e *all norms considered* dei casi regolati dal SG. Diversamente, dato che la generalità implica la congiunzione, le norme alle quali si predica la generalità avranno un grado qualitativamente elevato di informazione per una soluzione *all things considered* e *all norms considered* dei casi regolati[19]. Ipotizzando che quest'ultime, caratterizzate da un basso grado di genericità, vadano a regolare condotte specifiche, ci saranno quindi altre condotte specifiche e/o stati di cose (occasioni) specifici, che rimarranno esclusi dall'antecedente e, di conseguenza, dall'effetto di condizionalità. Tanto maggiore sarà il grado di generalità di una norma$_x$, tanto maggiore sarà la qualità di informazione fornita al destinatario: *sussiste una relazione di proporzione diretta tra la generalità di una norma$_x$ e l'informazione deontica per risolvere i casi.* Nella genericità, la relazione è proporzionalmente inversa: *tanto più generico sarà l'enunciato normativo, maggiore sarà la quantità, ma minore la qualità, di informazione fornita per risolvere il caso,* all things considered, *basandosi unicamente su quella norma.* Il potenziale per una soluzione definitiva *all things considered* di una determinata norma cresce perciò in una relazione proporzionalmente inversa al grado di genericità del suo enunciato[20].

[16] COHEN 2002, 75 ss.; LUZATTI 2012, 7 ss.; Sulle ambiguità contestuali, HERNÁNDEZ MARÍN 2002, 195 ss.

[17] JENNINGS, HARTLINE 2014.

[18] A titolo di esempio, nel linguaggio naturale: *(i) disgiunzioni esclusive* come "R è portoghese o italiana" [R (P ∨ I)] significano R(P) o R(I), mai entrambe [ad es. R(P ∧ I) è falso]; *(ii) disgiunzioni inclusive* come "con voti così alti, o P studia o P è intelligente" includono la possibilità che *(i)* P studi e che non sia intelligente (essere vero) [P (E ∧ ¬I)], *(ii)* P non studi e che sia intelligente (essere vero) [P (¬E ∧ I)] e ancora che *(iii)* P studi e che sia intelligente (essere vero) [P (E ∧ I)].

[19] LUZATTI 2012, 88 ss.

[20] Così, MONIZ LOPES, 2017.

3. *Genericità e distinzione tra regole e principi*

Si può dire che la genericità opera, in maniera particolarmente rilevante, come criterio solido per la formulazione delle categorie "principi" e "regole". Come è noto, non si tratta di una distinzione pacifica. C'è chi ritiene che non ci siano ragioni valide per questa distinzione[21]. C'è chi sostiene la tesi debole: le differenze stanno solo nel grado[22]. C'è chi difende la tesi forte, fondando la distinzione sulle differenze qualitative[23]. Una distinzione, debole o forte, può essere altresì tradizionalmente tracciata in funzione di un *(i)* criterio semantico – collegato al significato delle parole dell'enunciato –, (ii) pragmatico – centrato sull'uso di entrambe le categorie di norme nel discorso giuridico – o *(iii)* sintattico – legato agli elementi della struttura normativa e alle sue reazioni logiche.

Secondo il *(i)* criterio semantico, i principi sono norme espresse da enunciati con proprietà di vaghezza o struttura aperta: comprendono i *value-concept*[24]. Tuttavia, è possibile concepire una norma consensualmente ritenuta una regola che sia formulata con parole vaghe[25]; al contrario, le norme ritenute consensualmente dei principi possono dimostrare la vaghezza ridotta[26]. Non sussiste relazione diretta tra l'ampiezza dello spettro semantico di una parola e la caratterizzazione della norma formulata come principio[27]. L'incertezza linguistica sorge in merito all'interpretazione: non è collegata alla struttura o al comportamento delle norme. *Last but not least,* non si saprebbe mai quanto vaghe dovrebbero essere le parole di un enunciato per poter qualificarne il contenuto come principio[28].

Il criterio *(ii)* pragmatico deriva da due usi della distinzione concettuale nel discorso giuridico. Il primo è collegato al ruolo delle regole e dei principi nella ragione pratica: l'uso dei principi come *ragioni di primo ordine* o metanorme giustificative che sono alla base del conseguente delle regole (*ragioni di secondo ordine)*[29]. Nel secondo, che corrisponde attualmente al criterio più diffuso, i principi sono usati come *norme defettibili* e ragioni *prima facie* che, al contrario delle regole, sono soggetti ad una condizione generale di ponderazione con le norme conflittuali. I principi prescrivono un certo effetto che può essere circostanzialmente

[21] BROŻEK 2012, 224; MARANHÃO 2012, 79, 120 ss.
[22] RAZ 1972, 834 ss.; PINO, 2011b, 89.
[23] DWORKIN 1978, 24; ALEXY 2000, 295 ss.; SIECKMANN 2011, 28 ss.
[24] PINO 2011b, 97 ss.
[25] Ad es. "non è possibile far passeggiare il cane *vicino* alle aree di ristorazione".
[26] Ad es. "*in dubio pro reo*".
[27] AARNIO 1997, 180; GUASTINI 2008, 119 ss.
[28] Aggiunge che la struttura aperta è difficilmente quantificabile, trattandosi altresì di una proprietà disposizionale inevitabile del linguaggio (e quindi non operativa per una solida distinzione). Non è possibile anticipare un elenco chiuso di tutte le proprietà definitorie delle realtà denotate da un determinato concetto. CELANO 2012, 275.
[29] RAZ 1999, 187; LARENZ 1979, 26.

defettibile in caso di condizioni fattuali che presentano norme conflittuali, con effetto prevalente in una data ponderazione. I principali tratti distintivi possono essere sintetizzati nel quadro *infra*[30].

Regole (*Rs*)	Principi (*Ps*)
Rs sono comandi definitivi eccetto se: - invalidità di *Rs*: se *Rs* entrano in conflitto con norme superiori, in una relazione totale – totale, su *lex superior* - specialità/ eccezionalità di *Rs*: se R_1 entra in conflitto con R_2, in una relazione totale-parziale, su *lex specialis*	*Ps* sono comandi di ottimizzazione *prima facie* che: - ordinano che Ø sia realizzato al massimo delle possibilità giuridiche e fattuali - si applicano gradualmente
Rs sono ragioni *necessarie* e *sufficienti* per l'azione	*Ps* sono ragioni *contributive* per l'azione
Rs sono legate a *casi facili*	*Ps* sono legati a *casi difficili*
R esigono qualcosa di *determinato*	*Ps* esigono qualcosa di *indeterminato*
La forma di applicazione di *Rs* é la *sussunzione*	La forma di applicazione di *Ps* é la *ponderazione*
Rs si applicano in modo *tutto-o-niente*, "come what may"	*Ps si applicano prima facie* oggetti a *Ps* conflittuali

La defettibilità è una proprietà disposizionale usata per descrivere la sensibilità di tutte le norme, *regole e principi*, al contesto fattuale e giuridico[31]. Il carattere definitivo di una norma è soggetto alla blindatura dell'antecedente che, nella migliore delle ipotesi, può essere ottenuta solo attraverso la proposizione epistemica nei cui termini nessuna norma conflittuale, il cui antecedente è sorto in virtù delle proprietà del caso, debba prevalere sull'effetto della $norma_x$ nel $caso_y$. Il contesto fattuale che circostanza l'applicazione di una data norma può variare e le proprietà rilevanti del caso possono portare a norme conflittuali del SG. Da questa prospettiva, le regole non possono mai essere caratterizzate astrattamente come comandi definitivi perché *nessuna norma determina, da sé, le proprie condizioni di applicazione all things considered*[32].

L'attività di ponderare presuppone un conflitto normativo[33]. Ammettere che, per ora, un caso corrisponde alla questione dello status deontico di una determinata azione in un determinato stato di cose, non è – data la sensibilità al contesto

[30] ALEXY 2014, 512; ALEXY 2000, 300 ss.; SIECKMANN 2011a, 29; PINO 2011b, 86.
[31] HART 1949, 171 ss; D'ALMEIDA 2015, 8 ss.; BROZEK 2012, 214 ss.
[32] HART 1983, 106. Sull'applicazione interna e esterna delle norme, PINO 2011a, 819 ss.
[33] Ponderare implica soddisfare il contenuto di una norma a costo di un'altra, VON WRIGHT 1997, 429 ss.; MARTÍNEZ ZORRILLA 2007, 111 ss.

fattuale e giuridico di tutte le norme – una verità necessaria secondo la quale i casi che mettono in moto l'effetto di un principio creino necessariamente un conflitto normativo. In secondo luogo, si noti che sono stati fatti esempi molto persuasivi della necessità di ponderare le regole, pur definite secondo i principali criteri pragmatici. Al contrario da quanto sostenuto da von Wright[34], non esiste nulla che impedisca la co-esistenza, in un determinato insieme, di norme (anche regole) che impongano e proibiscano una determinata condotta in un determinato stato di cose, per il semplice fatto che nulla impedisce che un'autorità normativa imponga e proibisca una determinata condotta. Sebbene i principi entrino più frequentemente in conflitto rispetto alle regole, è possibile argomentare che l'ottimizzazione (patrimonio esclusivo dei principi nel pensiero alexyano) deriva semplicemente dall'instanziazione dell'antecedente e dell'azionamento del conseguente di qualsiasi norma conflittuale. Qualsiasi norma, regola o principio è pertanto astrattamente soggetto a tali *comandi di ottimizzazione*, in particolare nel caso di conflitti del modello parziale–parziale. Il fatto che tale modello conflittuale sia più frequentemente illustrato da principi è una questione puramente statistica. A tal scopo, l'illustrazione classica è quella del classico caso del *semaforo rosso davanti alla Questura*[35].

(i) Si supponga l'enunciato$_1$ *è proibito guidare quando il semaforo è rosso* dove si formula la norma "*per tutti i* x, *caso ci sia un'opportunità di* a nelle circostanze b, *allora* [*proibito a*]" descritta logicamente da$[\forall x]\ [xa \wedge xb \Rightarrow \mathrm{F}\ xa]$ o $[\forall x]\ [xa \wedge xb \Rightarrow \mathrm{O} \neg\ xa]$. Ora si supponga l'enunciato$_2$ *è obbligatorio circolare davanti alle questure*, dove si formula la norma "*per tutti i* x, *caso ci sia un'opportunità di* [a] *nelle circostanze* c, *allora* [*obbligatorio a*]", descritta logicamente da$[\forall x]\ [xa \wedge xc \Rightarrow \mathrm{O}\ xa]$ o $[\forall x]\ [xa \wedge xc \Rightarrow \mathrm{F} \neg xa]$.

(ii) Se si ipotizza il contesto fattuale$_x$ [*(a) un guidatore*, *(b) davanti ad un semaforo rosso (c) vicino ad una questura*] le due norme conflittuali hanno avuto istanza. $[\forall x]\ [xa \wedge xb \Rightarrow \mathrm{F}\ xa] \perp [\forall x]\ [xa \wedge xc \Rightarrow \mathrm{O}\ xa]$. Si tratta di un conflitto *prima facie* insolubile del modello parziale–parziale che, nella mancanza di norme di conflitti applicabili che lo risolvano, suscita la necessità di ponderarlo.

Secondo il *(iii)* criterio sintattico di distinzione, i principi denotano una *struttura*

[34] VON WRIGHT 1963, 48.

[35] Ross ha sviluppato i conflitti del modello parziale-parziale che sfuggono all'applicabilità delle norme di conflitti e suscitano ponderazioni, ovvero conflitti nei quali *lex specialis* sorge ma determina la prevalenza di entrambe le norme conflittuali, causando conflitti di secondo grado *prima facie* irrisolvibili. ROSS 1958, 158 ss. Si veda ALCHOURRÓN 1991, 423 ss.; PECZENIK 1989, 66 ss.; RODRÍGUEZ 1995, 371 ss. È possibile vedere un esempio distintivo in MANERO 2005, 107.

logica diversa dalle regole[36]. Raz ha esaustivamente sostenuto che le regole regolano condotte relativamente specifiche e i principi regolano condotte altamente specifiche[37]. Per Raz, una condotta è altamente aspecifica se questa può essere realizzata in occasioni distinte attraverso la realizzazione di molte singole condotte in ogni occasione (ad. es., *aumentare la produttività o comportarsi in maniera irragionevole*)[38]. *Aggredire, rapinare, violentare* sono condotte relativamente specifiche. Al contrario, una condotta è più specifica nella misura in cui ci sia solo un numero ridotto di singole condotte la cui realizzazione implica la realizzazione di tale condotta: *fumare* è una condotta altamente specifica realizzata dal fumare una sigaretta, una pipa o un sigaro.

Come von Wright, Raz sostiene che, dato che condotte altamente specifiche possono essere realizzate attraverso la realizzazione, in diverse occasioni, di una varietà di condotte più specifiche, le opportunità per realizzare tali condotte includono le opportunità per realizzare le condotte più specifiche. Gli antecedenti di norme che includono condotte aspecifiche si sovrappongono agli antecedenti delle norme che includono condotte più specifiche in una relazione totale-parziale[39]. Così:

Si osservino le due norme *prima facie* considerate regole:

(i) Dall'enunciato$_1$ *è proibito fumare* è formulata la norma$_1$ "*per tutti gli* x, *se c'è un'opportunità di* a, *allora* [*proibito a*]", descritta logicamente da $[\forall x]\ [xa \Rightarrow \mathrm{F}\ xa]$ o $[\forall x]\ [xa \Rightarrow \mathrm{O}\ \neg xa]$. La norma$_1$ può essere caratterizzata didatticamente come universale: non include altre condizioni oltre all'opportunità di realizzare l'azione descritta.

(ii) Dall'enunciato$_2$ *è proibito fumare* in spazi chiusi è formulata la norma$_2$ "*per tutti gli* x, *se c'è un'opportunità di* a *nelle circostanze* b, *allora* [*proibito a*]", descritta logicamente da $[\forall x]\ [xa \wedge xb \Rightarrow \mathrm{F}\ xa]$. La norma$_2$ può essere caratterizzata didatticamente come ipotetica: include altre condizioni oltre all'opportunità per realizzare l'azione descritta.

Si osservino le due norme *prima facie* considerati principi:

[36] Ammettendo che è possibile formulare principi impliciti tramite la generalizzazione degli antecedenti e l'induzione dei conseguenti di regole secondo l'identica modalizzazione deontica, diventa irrilevante per la struttura logica sapere se un principio è stato positivizzato attraverso un atto giuridico o formulato a partire da regole facenti parte di atti giuridici e soggetti alla validità consuetudinaria. ALCHOURRÓN, BULYGIN 1971, 130 ss.; GUASTINI 1999, 155 ss.; RATTI 2013, 173.

[37] RAZ 1972, 836-838; PINO 2008, 289 ss.; ATIENZA, MANERO 2012, 252; LUZATTI 2012, 35 ss. Si noti che Raz sostiene la tesi della distinzione debole. Ciò si deduce dal criterio raziano di isolare condotte relativamente specifiche e altamente aspecifiche. Nella sua prospettiva, non esiste una linea chiara per distinguere tra condotte specifiche e aspecifiche.

[38] Gli esempi dati da Raz possono creare dei dubbi sul criterio di distinzione. In realtà, sono casi di co-esistenza di vaghezza (comportarsi in maniera *irragionevole)* e genericità (*comportarsi* in maniera irragionevole).

[39] RAZ 1972, 838 ss.

(iii) Dall'enunciato$_3$ *i cittadini hanno libertà d'espressione* é formulata la norma$_3$ "*per tutti gli* x, *se c'è un'opportunità di* c, *allora* [permesso c]", descritto logicamente da $[\forall x]\ [xc_1 \vee xc_n \Rightarrow \mathrm{P}\ xc]$. $[xc_1 \vee xc_n]$ include $[xc_1 \vee xc_2 \vee xc_3 \vee xc_n]$ nella quale (xc_1) = cantare una canzone; (xb_2) = dipingere un quadro ad olio; (xb_3) = scrivere una poesia. La norma$_4$ può essere caratterizzata didatticamente come universale;

(iv) Dall'enunciato$_4$ *canali televisivi privati con le dovute autorizzazioni possono esprimere liberamente opinioni politiche* è formulata la norma$_4$ "*per tutti gli* x, *se c'è un'opportunità* di d nelle circostanze e, *allora* [permesso d]", descritta logicamente da $[\forall x]\ [(xd_1 \vee xd_n) \wedge xe \Rightarrow \mathrm{P}\ xd]$. $[xd_1 \vee xd_n]$ include $[xd_1 \vee xd_2 \vee xd_3 \vee xd_n]$ dove (xd_1) = criticare il governo; (xd_2) = appoggiare candidati politici; (xd_3) = informare selettivamente sui comizi politici; (xe) = con le dovute autorizzazioni. La norma$_4$ è ipotetica: include altre condizioni oltre all'opportunità per realizzare l'azione descritta[40].

Nel discorso descrittivo, la disgiunzione inclusiva di asserzioni (*vel, vel*) permette di *essere la realtà* dove entrambe le asserzioni disgiunte possono essere vere, così come l'enunciato. Nel discorso prescrittivo, la disgiunzione inclusiva permette di *essere il diritto* dove le condotte specifiche disgiunte possano azionare indifferentemente il conseguente[41]. Se la disgiunzione fosse esclusiva, la struttura dell'antecedente dei principi (come disgiunzione di condizioni) non avrebbe senso: l'antecedente non sarebbe coestensivo al conseguente. In aggiunta, tale descrizione non rispetterebbe i criteri per l'individuazione normativa[42]. L'omissione dell'inclusività della disgiunzione porterebbe a descrivere un principio come varie norme, tante quante le condizioni disgiunte. La genericità è quindi un predicato delle norme applicabili in condizioni di condotte ipotetiche disgiuntive, rappresentate anche nell'antecedente. Ogni condizione disgiunta è sufficiente per azionare il conseguente, fornendo la soluzione *prima facie* del caso (ovvero, soggetta a condizioni negative di norme conflittuali azionate dalle proprietà rilevanti del caso)[43].

Naturalmente, si potrà affermare che tale costruzione presuppone un criterio solido per individuare l'azione[44]. Ci interessa sapere se gli enunciati[45] descrivono una categoria di condotte (e l'indifferenza applicata) o condotte la cui realizzazione può variare solo in base alle proprietà differenzianti, nello specifico, strumenti, obiettivi o stile. Di conseguenza, con Raz si può dire che fumare è una condotta la cui realizzazione può includere proprietà differenzianti (sigari o pipe),

[40] Non è per il fatto che contiene una condizione logicamente non correlata al conseguente che norma$_4$ smette di essere un principio. Diversamente, affermando che i principi contengono nell'antecedente solo l'opportunità di realizzare il *norm-content*, MANERO 2005, 121.

[41] Si usa l'espressione *essere il diritto* come inteso da RAZ 1979, 70 ss.

[42] RAZ 1970, 70-92.

[43] In senso prossimo, DUARTE 2012, 55.

[44] O' CONNOR 2000, 52-55 e 61; GONZALEZ LAGIER 2013, 42 ss.; HOLTON 2009, 12 ss.

[45] Si deve perciò tenere presente l'apparato concettuale usato negli enunciati di un determinato SG.

soppresse nella generalizzazione necessarie per la creazione dell'enunciato normativo. Distinte sono condotte generiche (espressione di opinioni politiche o sviluppo della personalità) che includono condotte specifiche autonome la cui realizzazione implica la realizzazione delle prime e la distinzione tra quelle e queste trascende le proprietà differenzianti, gli strumenti, gli obiettivi e lo stile[46].

4. *Implicazioni derivanti dalla genericità sulla (in)completezza e (in)coerenza dei sistemi giuridici*

Completezza e coerenza sono proprietà che si predicano a insiemi di norme (= SG), ovvero contenuti semantici nel momento post-interpretativo degli enunciati che compongono il *Masterbook* di tale SG[47]. In sintesi, l'espressione "completezza normativa" denota la situazione nella quale esiste una conseguenza giuridica, data dal SG, per tutto l'insieme di casi rilevanti. L'espressione "coerenza normativa" denota la situazione nella quale nessun insieme di casi considerati rilevanti dal SG è correlato alle conseguenze normative incompatibili[48]. Nel calcolo delle variabili, sorgono inizialmente otto ipotesi: un dato SG è *(i)* necessariamente completo e coerente; *(ii)* necessariamente incompleto e coerente; *(iii)* necessariamente completo e incoerente; *(iv)* contingentemente completo e coerente; *(v)* necessariamente completo e contingentemente coerente; *(vi)* necessariamente incompleto e contingentemente coerente; *(vii)* contingentemente completo e necessariamente coerente; *(viii)* contingentemente completo e necessariamente incoerente[49].

4.1. *Genericità e (in)coerenza dei sistemi giuridici*

Si ha incoerenza normativa quando due norme attribuiscono allo stesso caso soluzioni incompatibili, ovvero quando il SG correla un caso a una o più soluzioni, in modo tale che, congiungendo le soluzioni, si va a costituire una contraddizione

[46] Si veda MONIZ LOPES, 2017.

[47] RATTI 2013, 203. Relativamente al concetto di Masterbook, le cui interpretazioni alternative creano diversi SG (o Master Systems), si veda ALCHOURRÓN 2012, 44 ss.

[48] RATTI 2014, 307. Come si è già visto, la completezza presuppone una rilevanza giuridica di tutte le condotte, quindi la preposizione della completezza dell'ordinamento toglie la ragion d'essere alla summenzionata espressione "casi considerati rilevanti dall'ordinamento" relativa alla consistenza. In un'altra formulazione, un sistema normativo è: *(ia)* incompleto se e solo se contiene perlomeno una lacuna normativa; *(ib)* completo se e solo se non comporta lacune normative; *(iia)* inconsistente se e solo se due o più soluzioni incompatibili sono correlate ad almeno un caso; *(iib)* consistente se e solo se nessuno dei casi regolati lo è in maniera incompatibili. NAVARRO, RODRÍGUEZ 2014, 154.

[49] Tra tanti punti di vista, nel senso della necessaria completezza e consistenza, si veda KELSEN 1960, 274 ss. Nel senso della necessaria completezza e contingente consistenza, si veda SOETEMAN 1997, 326, 331. Nel senso della contingente completezza e consistenza, si veda BULYGIN 2013, 352 ss.

normativa che a sua volta genera un conflitto[50]. Si adotta il concetto comprensivo di contraddizione normativa che, diversamente dal concetto classico di conflitto normativo, evidenzia la rilevanza dell'antecedente (ovvero, la sovrapposizione o dipendenza logica di destinatari, condotta ipotetica e occasione) e, simultaneamente, ammette la contraddizione tra norme obbligatorie e norme permissive. La contraddizione normativa si verifica quindi nella

> «impossibilità logica che un destinatario soddisfi simultaneamente il contenuto deontico di qualsiasi norma obbligatoria congiuntamente ad il contenuto di qualsiasi norma permissiva di un sistema normativo positivizzato da una determinata autorità e in relazione ad una data occasione»[51].

Come si vede, il concetto indica come condizioni necessarie per un conflitto la sovrapposizione di antecedenti – in una relazione totale – totale, totale –parziale o parziale-parziale –, ovvero *(i)* sovrapposizione (o identità) di categorie di destinatari; *(ii)* relativamente a condotte ipotetiche logicamente dipendenti (ovvero, logicamente implicate o logicamente escludenti) e *(iii)* sovrapposizione (o identità) di categorie di occasioni (ovvero, stati di cose)[52].

A titolo preliminare, ci sono buone ragioni per presumere che l'incoerenza sia una proprietà di tutti i SG moderni. Ciò è dovuto alla prolificazione delle autorità normative, dei destinatari e, in particolare, alla genericità degli stati di cose e delle condotte normativamente regolate dal SG. La coerenza è un ideale razionale che difficilmente può essere realizzato completamente, a causa dell'incapacità dell'autorità normativa di anticipare tutte le combinazioni di proprietà che i casi possono presentare (una *ignorance of fact* alla quale si aggiunge una *indeterminacy of aim*)[53]. Al di fuori delle visioni "coerentiste" – poco fedeli alla differenziazione tra il *diritto che è* ed il *diritto che dev'essere* – l'incoerenza dei moderni SG sembra un'evidenza empirica: i SG sono un prodotto dell'uomo e non della ragione. La necessità, per evitare una situazione di *non liquet*, di ponderare i principi (o anche le regole) in qualsiasi SG moderno è la prova evidente di tale asserzione. È ovvio che tale evidenza non stia a significare che la coerenza sia una *proprietà necessaria* di tutti i SG. In tale misura, sembra ammissibile l'alternativa della coerenza come

[50] NINO 2003, 273. Il concetto di *consistenza normativa* deve essere distinto dal concetto di *coerenza normativa*. Si veda MACCORMICK 1984, 235 ss.

[51] NAVARRO, RODRÍGUEZ 2014, 178. Come è noto, il concetto classico di conflitto non prendeva in considerazione l'antecedente normativo e la possibilità di conflitto tra le norme obbligatorie e permissive (VON WRIGHT 1963, 144). Il fatto che il conflitto tra le norme sia *post-interpretativo* implica che siano già state utilizzate tutte le tecniche interpretative disponibili nel sistema per evitarlo (ad esempio, interpretazione restrittiva della rappresentazione della condotta,, prevista in una delle norme in conflitto).

[52] Relativamente alla sovrapposizione dell'antecedente, si veda ROSS 1958, 158 ss.; ELHAG et al. 1999, 35 ss.

[53] MANERO 2005, 107.

proprietà contingente dei SG. L'analisi dei SG coerenti è tuttavia poco rilevante: interessa scenari puramente accademici e, molto probabilmente, SG che, pur non essendo logicamente impossibili, saranno ineffettivi.

Il concetto di incoerenza normativa che qui si adotta è ben più ampio che quello comune. Anche nel caso di SG estremamente rudimentali, è necessario che esso includa due norme in modalità di proibizione o imposizione, anche nell'ipotesi teorica di includere solo un destinatario, per poter generare contraddizioni normative. Data la genericità degli stati di cose ai quali le norme si applicano, quando non si isolano le circostanze dell'occasione applicativa, coniugata con l'esistenza contingente dei principi (ovvero regolazioni di condotte generiche), tutto dipenderà dalla modalizzazione deontica e delle condotte regolate dal SG, in particolare dell'implicazione o esclusione logica che si verifica. Solo nell'ipotesi in cui il SG includa solo *una norma* e si applichi a solo *un destinatario*, la coerenza sarà una proprietà necessaria[54]. Nella realtà, un SG che includa una norma e perlomeno due destinatari, sebbene sia coerente principalmente *in abstracto*, può generare incoerenze *in concreto*. Basta pensare ad un SG che includa una norma permissiva generale e, come destinatari, due soggetti: si capisce che l'esercizio del diritto generale della libertà di uno include logicamente, in una delle sue multiple alternative di condotta (o occasioni rappresentate), il permesso della sottrazione fattuale della possibilità di esercizio del diritto generale della libertà di un altro, così come della protezione derivante[55]. In alternativa, si pensi ad un SG che includa solamente N_1 "è permessa la libertà di espressione artistica" e N_2 "è proibito danneggiare la proprietà altrui": non è escluso il caso di un soggetto che si esprima con graffiti su proprietà altrui.

Le ipotesi sono innumerevoli. A questo punto, ciò che conta è sottolineare che la coerenza del SG deve prendere in considerazione le occasioni generiche alle quali le norme si applicano, non focalizzandosi solo sull'analisi delle condotte ipotetiche descritte nell'antecedente normativo (e alla relazione dell'implicazione materiale o esclusione logica tra queste). Alla luce di tale asserzione, sarebbe fuorviante intendere che determinate norme entrano in conflitto *vis-à-vis* determinati fatti e sono invece perfettamente coerenti in relazione ad altre circostanze. La questione è più chiara se vista partendo dalla contrapposizione tra principi e regole,

[54] Alcuni autori difendono l'esistenza di conflitti concreti dipendenti esclusivamente dalle variabili empiriche. È il caso dei cosiddetti «conflitti di istanziazione» che possono essere visti in RODRÍGUEZ 2002, 99 ss., sostenuti anche da MARTINEZ-ZORRILLA 2007, p. 136 e pp. 142 ss. I *conflitti di istanziazione* sono conflitti risultanti dall'impossibilità empirica, teoricamente non derivanti da un'inconsistenza del sistema normativo, di realizzare le condotte determinate da *solo una norma* dell'ordinamento giuridico [ad es., l'impossibilità che un debitore riesca, a causa di problemi finanziari, a far fronte a due debiti distinti (un debito relativo ad un contratto di compravendita stipulato con un soggetto e un debito relativo ad un contratto di affitto stipulato con un altro soggetto), relativamente alla norma *pacta sunt servanda*]. È tuttavia dubbio se il conflitto non si presenterà, al contrario, tra due norme di decisione derivanti da un'unica norma applicabile.

[55] Si tornerà *infra* ai *permessi protetti*.

evidenziando, relativamente ai primi, la genericità della condotta e dell'occasione applicativa e, relativamente ai secondi, solo la genericità dell'occasione applicativa.

4.1.1. *Genericità ed espansione dell'ambito conflittuale delle norme*

Si è già detto che la realizzazione delle condotte è logicamente dipendente dagli stati di cose che la permettano. Tuttavia, anche le condotte possono essere logicamente (in)dipendenti da altre condotte. La dipendenza logica sorge quando la realizzazione di una condotta implica materialmente o esclude logicamente la realizzazione di un'altra. Due condotte sono quindi logicamente indipendenti quando sono compatibili, ovvero se e solo se la realizzazione simultanea di entrambe è logicamente possibile. Questa dipendenza è solitamente descritta con il *principio logico dell'obbligo*, secondo il quale è obbligatorio, alla prescrizione x, realizzare tutte le condotte logicamente necessarie per soddisfare tutti gli obblighi derivanti da x[56]. L'imposizione e il permesso di realizzare una condotta implicano (*prima facie*) l'obbligo e il permesso di realizzare tutte le necessarie conseguenze logiche di tale condotta[57]. A titolo di esempio:

(i) La norma$_1$ impone x e la norma$_2$ proibisce y (ovvero, impone $\neg y$) e realizzare y è necessario (implicato) per realizzare x (*ad es.* x = *pagare le tasse* e y = *essere titolare del diritto di proprietà*). Il principio dell'obbligo non è operativo relativamente alle proibizioni: la norma$_1$ proibisce x (ovvero impone $\neg x$) e la norma$_2$ permette y e la realizzazione di y è necessaria (implicata) per realizzare x (*ad es.*, x = *volare* e y = *muoversi*).

(ii) Ora si supponga che la norma$_1$ imponga x e la norma$_2$ imponga y e la realizzazione simultanea di x e y é fattualmente impossibile, *ad es.*, x = *ballare* e y = *rimanere fermo*. Si ha un'esclusione logica. E si supponga che la norma$_1$ imponga x e la norma$_2$ permetta y (ovvero imponga y o $\neg y$) e la realizzazione simultanea di x e y sia fattualmente impossibile, ovvero, x = *volare* e y = *rimanere fermo*. Si verifica un'esclusione identica.

(iii) L'esclusione non si verifica invece tra due norme permissive. Si supponga che la norma$_1$ permetta x (ovvero imponga x o $\neg x$) e la norma$_2$ permetta y (ovvero imponga y o$\neg y$) e la realizzazione simultanea di x e y è fattualmente impossibile, *ad es.*, x = *ballare* e y = *rimanere fermo*. Le norme permissive suscitano giudizi discrezionali da parte dei destinatari, tramite i quali tanto x, $\neg x$, y e $\neg y$ soddisfano le norme applicabili. Infine, l'esclusione non si verifica neanche quando la norma$_1$ impone x e la norma$_2$ permette y e la realizzazione simultanea della condotta è fattualmente possibile. Ciò avviene, ad esempio, quando x = *cantare* e y = *ballare*.

[56] ALCHOURRÓN, BULYGIN 1991, 159; MARTÍNEZ ZORRILLA 2007, 114.
[57] Tale principio logico non è, però, valido per la proibizione. MARTÍNEZ ZORRILLA 2007, 114.

Si può dire che la genericità della succitata condotta ipotetica rappresentata nell'antecedente costituisce la spiegazione del fatto che i principi, al contrario delle regole, si applicano secondo determinati gradi, favorendo la possibilità di un'armonizzazione in uno scenario conflittuale. Infatti, viene chiarito, per la genericità della condotta, il motivo per il quale i principi, al contrario delle regole, sono norme di applicazione graduale. La risposta risiede nelle condotte specifiche e stati di cose (che forniscono l'opportunità per tali condotte) regolati da regole che escludono condotte regolate da regole conflittuali[58]. Nel caso *semafori rossi davanti alla Questura*, è impossibile soddisfare il contenuto della regola$_1$ e simultaneamente soddisfare il contenuto della regola$_2$. Le condotte sono mutuamente escludenti perché sono logicamente dipendenti. Ciò non si verifica solitamente con principi conflittuali. Con frequenza, *una certa condotta specifica* coperta dalla condotta generica descritta nell'antecedente del principio$_1$ è logicamente compatibile con *una certa condotta specifica* coperta dalla condotta generica descritta nell'antecedente del principio$_2$ conflittuale. Ad esempio, è possibile che un soggetto si esprima senza offendere altri, soddisfacendo il permesso insieme alla proibizione.

Prendendo in considerazione i due elementi rilevanti dell'antecedente (ovvero, *condotta* e *occasione*), si può concludere che la genericità permette la distinzione tra regole e principi unicamente quando predicata alla *condotta ipotetica descritta*[59]. Quando è predicata all'occasione, la genericità non è criterio distintivo tra regole e principi: tutte le norme si applicano a stati di cose generici, sia che si tratti di *un qualsiasi stato di cose,* quando non esiste specificazione, sia che si tratti di *una qualsiasi categoria di stati di cose* (ovvero, ogni volta che piove)[60]. Come indicato, le norme (didatticamente) occasionali si applicano quando a tale opportunità si aggiunge un determinato stato di cose descritto nell'antecedente. Includono condizioni obiettive che descrivono *qualunque* evento di una certa categoria, logicamente indipendente da una determinata condotta ipotetica. Ora, quando si pensa a norme (didatticamente) universali, la loro applicazione presuppone puramente e semplicemente stati di cose tali da permettere la realizzazione della condotta descritta nell'antecedente. La norma si applica a *qualunque* stato di cose nel quale sia possibile (ovvero, è indifferente lo stato di cose, purché la realizzazione della condotta

[58] Questa è la conclusione, con spiegazione distinta, di ALEXY 2000, 295 (sebbene, come affermato sopra, si intende che il raziocinio è entimematico).

[59] Evidentemente, la descrizione non specifica del terzo elemento (destinatario) non spiega il maggior potenziale del conflitto dei principi, quando contrapposto alle regole, non essendo un criterio per la distinzione.

[60] La descrizione obiettiva di una condotta generica come uno stato di cose presupposto dell'applicazione di una norma – ovvero, l'oggettivazione di una condotta generica – a titolo di condizione per la realizzazione di un'altra condotta non è anche esso criterio per la distinzione tra regole e principi, purché la seconda condotta non sia generica. Basta pensare nell'enunciato "le guardie devono incarcerare gli individui che si esprimono *liberamente*". La condotta generica (*esprimersi liberamente*) è mera occasione per l'applicazione della norma. Si tratta di una regola.

sia possibile)[61]. Da qui si può dedurre che la genericità dell'occasione normativa cresce in proporzionalità diretta con la genericità della condotta ipotetica descritta nell'antecedente. Se tale condotta è generica (ovvero, descritta logicamente attraverso una disgiunzione inclusiva di condotte specifiche), le opportunità per la loro realizzazione si espandono proporzionalmente.

Quando si descrive uno stato di cose ipotetico di una norma (didatticamente) universale ("fumare è proibito"), la proibizione di fumare avviene in *qualunque circostanza*, purché ci sia un'opportunità per fumare (ovvero esista qualcosa di *fumabile* a portata di mano), eventualità che non è così frequente. Lo stesso succede relativamente alle norme non universali ("è proibito guidare davanti ai semafori rossi in qualsiasi circostanza, purché esista l'opportunità di guidare"). Quando si descrive un principio (didatticamente) universale ("è permessa la libertà d'espressione in *qualsiasi* circostanza, purché ci sia la possibilità che il soggetto si esprima"), l'occasione normativa avviene praticamente in qualsiasi momento[62].

4.1.2. *Genericità e confutazione dei conflitti "alla luce dei fatti"*

La descrizione della genericità dello stato di cose, nell'antecedente delle norme, è fondamentale anche per confutare quelli che comunemente sono definiti *conflitti in virtù dei fatti*[63]. Dato che i fatti non *estendono* gli antecedenti delle norme – i fatti sono *solo* fatti – i conflitti *in concreto* traducono il riflesso, concreto e pragmatico, dei conflitti già pre-esistenti a livello astratto e logico. Basta ripensare all'esempio *semaforo rosso davanti alla Questura*, che illustra un conflitto di regole. Tutte le condotte descritte nell'enunciato sono specifiche, tuttavia esiste un'indifferenza dello stato di cose nell'occasione applicativa di ciascuna di esse[64]. L'omissione di riferimenti a stati di cose negli enunciati equivale pragmaticamente al riferimento a *qualsiasi stato di cose*. La norma$_1$ esprime una proibizione: guidare quando il semaforo è rosso in *qualsiasi stato di cose, anche se l'occasione sia essere davanti ad una Questura*. D'altro canto, la norma$_2$ esprime una imposizione: guidare (ovvero, far procedere l'automobile) davanti ad una Questura *in qualsiasi stato di cose, anche se l'occasione sia essere davanti ad un semaforo rosso*[65]. I conflitti normativi sono

[61] Si vedano gli esempi in ROSS 1968, 112 e GUASTINI 2011, 414.

[62] Infine, principi (didatticamente) occasionali come "stazioni televisive private con le dovute autorizzazioni possono esprimere liberamente opinioni politiche" includono due condizioni: *(i)* una è specifica (essere titolare di un'autorizzazione); *(ii)* l'altra è generica (quando si ha l'opportunità di esprimere opinioni politiche). Purché la prima condizione sia soddisfatta, il principio occasionale si applicherà con una certa frequenza.

[63] Sostenendo che un sistema normativo può essere consistente *vis-à-vis* determinati fatti e inconsistente *vis-à-vis* altri fatti, ALCHOURRÓN 1991, 423-425. Con più cautela, riferendo che le norme consistente in *astratto* sono solo *apparentemente* consistenti, NAVARRO, RODRÍGUEZ 2014, 179.

[64] LUZATTI 2012, 106.

[65] Cosi, MARTÍNEZ ZORRILLA 2011, 736.

conseguenze della sovrapposizione degli antecedenti con contraddizione logica del conseguente o dell'operatore deontico. Sono le proprietà logiche delle norme, non l'occorrenza dei casi che generano i conflitti normativi[66]. Le norme *apparentemente coerenti* sono già in conflitto a livello astratto: non è necessaria l'imprudente (ma sempre possibile) collocazione di un semaforo davanti ad una Questura e la collocazione di un perplesso conduttore nella realtà dei fatti.

4.2. *Genericità e (in)completezza dei sistemi giuridici*

La questione dell'(in)completezza dei SG è un tema classico della teoria del diritto. Come in qualsiasi altro argomento, l'approccio alla tematica deve essere neutro: il lato più invitante della simmetria implicita nella completezza dei SG non deve oscurare l'obiettività dell'analisi[67]. Si aggiunga che il fatto che un dato sistema includa norme che regolano la *condotta di integrazione delle lacune* (*gap-filling*) non implica in alcun modo l'incompletezza del sistema[68]. Per quello che qui ci interessa, un'opportunità per integrare delle lacune presuppone la possibilità logica dell'esistenza delle lacune (questione previa). Non ci sarebbe nulla di strano nell'ipotesi che il SG – che è *man-made* – imponga obblighi impossibili (nulli per ineffettività *a priori*).

4.2.1. *Tipologia di lacune dei sistemi giuridici*

In un primo approccio, si possono considerare almeno quattro usi della parola *lacuna* nel discorso giuridico. Nelle *(i) lacune normative*, un caso non è toccato dall'antecedente di qualsiasi norma, non esistendo alcuna risposta normativa dell'ordinamento relativamente allo *status* deontico di una condotta e all'occasione nella quale può/deve/non deve essere realizzata (ovvero, vi è *silenzio del diritto*)[69]. Nelle *(ii) lacune di riconoscimento* (o *truth-value gaps*), la lacuna si posiziona in una

[66] LINDAHL, REIDHAV 2015, 79 ss.; distintamente, relativamente ai principi, PECZENIK 1989, 67.

[67] RODRIGUEZ 2005, 127.

[68] Il SG portoghese comprende, ad esempio, la norma enunciata da *i casi non previsti dalla legge sono regolati secondo la norma applicabile ai casi analoghi* (par. 1 dell'articolo 10 del Codice civile portoghese). A tal riguardo due norme aggiuntive integrano il sistema portoghese: «Vi è analogia ogni volta che nel caso omesso procedono le ragioni giustificative della regolamentazione del caso previsto nella legge» (par. 2 articolo10 del Codice civile portoghese); «In mancanza di un caso analogo, la situazione è risolta secondo la norma che il proprio interprete andrebbe a creare, se dovesse legiferare all'interno dello spirito del sistema» (par. 2 dell'articolo 10 del Codice civile portoghese). L'azione di integrare lacune (*gap-filling*), in questo caso deonticamente imposte (*sono regolate = devono essere regolate*) presuppone condizioni che devono essere soddisfatte nel caso in cui ci sia un'opportunità per realizzare il contenuto di una norma [ovvero, (i) l'integrazione delle lacune *presuppone* l'esistenza delle stesse e (ii) l'integrazione delle lacune secondo la norma applicabile ai casi analoghi *presuppone* l'esistenza di casi analoghi].

[69] Richiamando l'attenzione sul fatto che il concetto di lacuna normativa è una variabile dipendente della concezione della norma, GUASTINI 2011, 407.

zona di incertezza giuridica pratica derivante, ad esempio, dall'inevitabile struttura aperta, da gradi di vaghezza o dalla polisemia del linguaggio ove il diritto si esprime (*the law speaks with uncertain voice*)[70]. Le *(iii) lacune tecniche* si relazionano con l'inesistenza, all'interno di un SG, di norme la cui esistenza è condizione di applicazione di altre norme suscitate dal caso. Nelle lacune tecniche, il caso instanzia necessariamente l'antecedente di una norma: tuttavia, la sua applicabilità rimane pregiudicata dall'inesistenza di un'altra norma (qualificata come condizione di applicazione dell'anteriore)[71]. Infine, le *(iv) lacune assiologiche* descrivono il fenomeno nel quale, sebbene le proprietà di un caso giuridico sussumano sotto la previsione di una norma, la definizione dello *status* deontico della condotta è considerata inadeguata in virtù di un determinato modello (*ad es. modello assiologico*)[72].

Come si è visto, la lacuna di riconoscimento è una mera questione di indeterminazione pratica derivante dai problemi di linguaggio del *Master Book*: Non si esprime relativamente alle *lacune propriamente dette*, fenomeno normativo del *Master System* (SJ) e, quindi, necessariamente post-interpretativo. D'altro canto, le lacune assiologiche e quelle normative sono, davanti ad un dato caso, mutuamente escludenti. Quando si verifica una soluzione inadeguata, alla luce del modello di rilevanza, significa che *esiste una soluzione* del SG: non vi è lacuna normativa. Se il SG non dà alcuna risposta ad un problema, esisterà una lacuna normativa e, necessariamente, non potrà esserci una lacuna assiologica. Già il concetto sulle lacune tecniche è relativamente condizionato, anche se non necessariamente, dalla problematica dell'(in)esistenza di lacune normative. Fa riferimento non alla *completezza* del SG ma alla *completezza dell'antecedente di una determinata norma* (ovvero, sapere se questo include la rappresentazione di tutte le condizioni per il conseguente)[73].

4.2.2. *Lacune normative, rilevanza e (in)completezza dei sistemi giuridici*

La problematica della completezza dell'ordinamento fa riferimento esclusivamente alle lacune normative. Alchourrón e Bulygin definiscono paradigmaticamente il concetto di lacuna normativa: un certo caso (generico, nella terminologia degli

[70] RAZ 1979, 72 ss. Anche Raz si rapporta all'indeterminazione dell'*intenzione*, ricordando il concetto hartiano di *indeterminacy of aim*, HART 1994, 128 ss. Le lacune di riconoscimento derivano dal fatto che non sia né vero né falso che il diritto esiga una ragione conclusiva per una condotta *p* e che non sia né vero né falso che il diritto non esiga una ragione conclusiva per una condotta *p*. RAZ 1979, 71. Corrispondono alle cosiddette *truth-value gaps*, NAVARRO, RODRÍGUEZ 2014, 163. Va fatto notare che Raz integra altresì in tale concetto di lacune i conflitti non risolti da norme conflittuali del sistema (*unresolved conflicts*). Qui il diritto non parla più di *una voce incerta* ma piuttosto *di troppe voci* (*contraddittorie*).

[71] Negando le lacune tecniche *qua tale*, KELSEN 1960, 278; distintamente, GUASTINI 2011, 413 ss. Si veda CHIASSONI 2007, 230 ss.

[72] ALCHOURRÓN, BULYGIN 1971, 145 ss.

[73] Sembra ammissibile sostenere che la completezza del sistema giuridico non è una verità analitica e, anche così, sostenere l'impossibilità di lacune tecniche (o perlomeno in determinate circostanze).

autori) costituisce una lacuna di un determinato SG quando tale SG non correla il caso con nessuna qualifica normativa di una determinata condotta (ovvero con una soluzione)[74]. Il concetto di caso, necessario per il rilevamento delle lacune normative, è dato da quattro concetti basilari: *(i)* Universo del Discorso (UD), *(ii)* Universo delle Proprietà (UP), *(iii)* Universo delle Azioni (UA) e *(iv)* Universo di Casi (UC). UD comprende l'insieme di tutti gli elementi (stati di cose) identificati da una determinata proprietà (la proprietà definitoria di UD). UP si definisce come l'insieme di proprietà che possono essere presenti o assenti nell'UD. Nella definizione di un problema normativo, è necessario osservare le circostanze che possono eventualmente essere presenti, identificate dalle proprietà di UD. Quindi, UD è collocato nella *(i)* classe di elementi nella quale è presente una determinata proprietà e nella *(ii)* classe nella quale essa è assente[75]. Tutte le proprietà di UP definiscono – a condizione che esse non siano tautologiche o contraddittorie – un caso dove sorge il problema. Dal canto suo, UA corrisponde all'insieme (finito) di condotte basilari o elementari[76]. UP e UA delimitano l'ambito del problema normativo, descritto come una questione sullo *status* deontico di determinate condotte – permesso, imposizione o proibizione –, in determinate occasioni, per cui qualsiasi variazione nell'UD o nell'UA implica un'alterazione del problema normativo[77]. Infine, UC include un insieme infinito di variabili rispetto alle quali, in una determinata coniugazione concreta, si colloca il problema normativo[78].

Prendendo in considerazione tali concetti, per Alchourrón e Bulygin una lacuna normativa esiste solo quando, oltre al caso dell'UC che non è sussumibile sotto

[74] ALCHOURRÓN, BULYGIN 1971, 30 ss., 49. Raz opera una distinzione basata sulla presupposizione secondo la quale *se è il diritto è determinato agli occhi degli organi applicativi ufficiali, allora anche le lacune lo saranno*. Distingue tra *(i)* lacune di giurisdizione (relazionate alle norme di competenza) e *(ii)* lacune normative (relazionate con le norme di condotta). Così, relativamente a *(i)*, un sistema sarà completo in termini di giurisdizione se i loro organi applicativi ufficiali del diritto (Raz la restringe ai tribunali) hanno la competenza per decidere su tutte le questioni giuridiche (UC nella terminologia di Alchourrón, Bulygin); simmetricamente, il sistema sarà incompleto in termini di giurisdizione se gli organi applicativi ufficiali di diritto non hanno la competenza per decidere in merito a tutte le questioni giuridiche; relativamente a *(ii)*, un sistema sarà completo se esiste una risposta completa per tutte le questioni giuridiche sulle quali vi è una giurisdizione degli organi applicativi ufficiali del diritto; simmetricamente, esisterà una lacuna normativa se una questione giuridica sulla quale hanno giurisdizione gli organi di applicazione ufficiale del diritto, non ha una risposta completa. Si veda Raz 1979, 70.

[75] ALCHOURRÓN, BULYGIN 1971, 32-34; MARTÍNEZ-ZORRILLA 2007, 92 ss. NAVARRO, RODRÍGUEZ 2014, 151.

[76] Naturalmente, in base al caso, la proprietà definitoria del caso può essere basilare, quando è legata ad azioni basilari o elementari, o complessa, quando è legata ad azioni complesse (ad es. composte da azioni basilari). Tutte le azioni non basilari sono composti variabili di azioni basilari.

[77] Tale asserzione spiega che la qualifica deontica di un'azione è sensibile alle variazioni del contesto che inquadra il problema (*sensitivity to variations in context*), tanto sul piano della variazione contestualizzatrice fattuale, quanto sul pianto della variazione contestualizzatrice normativa. ALCHOURRÓN, BULYGIN 1971, 32 s.; RODRÍGUEZ 2012, 89. La variazione di contesto normativo e fattuale può alterare lo status normativo di un'azione ma non lo altera, come è ovvio, in maniera necessaria: la variazione è dipendente dalla variabile della rilevanza normativa, che si deduce sempre dagli antecedenti delle norme integrate nell'insieme.

[78] ALCHOURRÓN, BULYGIN 1971, 32 ss. e 52.

l'antecedente di una norma del sistema, si conclude che *il caso individuale presenti delle proprietà che, sebbene non costituiscano un insieme che sussume sotto l'insieme di proprietà disposte nell'antecedente di una norma del SG, appartiene all'UP considerato rilevante dal SG.* Di conseguenza, in Alchourrón e Bulygin, se un caso di UC non è sussumibile sotto l'antecedente di una norma del SG ma esso non presenta proprietà che appartengano all'UP considerato rilevante dal SG, allora si tratta di un caso giuridicamente irrilevante[79]. Le lacune sono caratterizzate come casi definiti in funzione delle proprietà che, conformemente alle fonti ammesse come valide per la produzione del diritto, *(i)* hanno rilevanza normativa e *(ii)* non sono correlate a nessuna soluzione. In sintesi, per Alchourrón e Bulygin, vi è lacuna solo quando il diritto non regola un determinato caso (generico, nella terminologia degli autori) ma *intendeva* regolarlo o, perlomeno, dovrebbe averlo regolato[80]. Senza entrare ora nella dimensione metafisica e nell'ermeneutica esistenziale dell'autorità normativa – con tutti i problemi implicati nel rilevamento di una *volizione* implicata – la principale discordanza con questa visione si materializza nella seguente questione: da dove risultano le proprietà rilevanti di un caso (ovvero l'UP di un SG) se non dagli antecedenti delle norme del SG?

La perplessità è visibile anche nel concetto di *lacuna assiologica* di Alchourrón e Bulygin. Tradizionalmente, si ritiene che un SG soddisfi il criterio di *adeguamento assiologico* dato da un'ipotesi di rilevanza se, e solo se, la rispettiva tesi di rilevanza coincida (ovvero, sia coestensiva) con l'ipotesi di rilevanza, alla luce di un determinato modello di rilevanza riferito come modello assiologico[81]. Questo ultimo *dover essere di rilevanza* delle proprietà dei casi generici, indicato anche come *rilevanza prescrittiva* (in un'*ipotesi di rilevanza*), è contrapposto all'*essere di rilevanza* delle proprietà dei casi generici, indicato anche come *rilevanza descrittiva* (in una *tesi di rilevanza*)[82]. La contrapposizione tra la rilevanza descrittiva e quella prescrittiva delle proprietà si dà, come si indica comunemente, nel contesto di un *modello opaco di rilevanza*[83]. Così, una certa proprietà è *descrittivamente rilevante*, in relazione al SG se, e solo se: *(i)* una o più norme del SG menzionano tale proprietà e *(ii)* tale proprietà (x) e la sua proprietà complementare ($\neg x$) hanno *status* deontici distinti – ovvero se il SG correla le proprietà a distinte soluzioni normative. Tuttavia, la proprietà sarà *prescrittivamente rilevante* se tale proprietà (x) e la sua

[79] MANERO 2005, 105.

[80] Sul caso delle «vacanze della coppia scozzese» come un caso nel quale seria *naturale* pensare che il diritto non l'avrebbe regolato, ATRIA 2005, 69.

[81] ALCHOURRÓN, BULYGIN 1971, 157. Di conseguenza, anche relativamente ad una norma considerata individualmente si potrà dire che è assiologicamente adeguata quando tutte le proprietà rilevanti indicate nella previsione coincidano (ovvero siano coestensive) com le proprietà che, alla luce di un determinato modello di rilevanza, devono essere rilevanti in relazione ad un determinato caso.

[82] Al contrario del modello descrittivo di rilevanza, il modello descrittivo risulta dalla descrizione delle proprietà contenuta nell'antecedente della norma presa in considerazione nella sua individuazione.

[83] RATTI 2013, 62 ss.

proprietà complementare ($\neg x$) dovessero meritare, anche se non lo abbiano, *status* deontici distinti, ovvero se si *proponga* l'estensione dell'UP di un SG[84]. Alchourrón e Bulygin trattano quindi il modello ipotetico di rilevanza come necessariamente *esterno al contesto del diritto*. Nel *modello opaco di rilevanza* che difendono, sarebbe incoerente che il modello ipotetico di rilevanza delle proprietà di un caso concreto risultasse dal mondo del diritto, dato che è da questo che deriva la *tesi di rilevanza* quindi da esso non può derivare l'*ipotesi*.

Relativamente alle lacune normative, si comprenderà qui che, nella teoria di Alchourrón e Bulygin, sia possibile che un SG non vada a regolare una classe di casi (ovvero, le proprietà del caso non instanziano l'antecedente di nessuna norma del SG) ma, pur così, il caso ha proprietà dell'UP rilevanti per il SG[85]. Tornando alle lacune assiologiche, la verità è che non c'è nulla di specificatamente assiologico nel modello di rilevanza che non possa essere riconvertito in normativo. La dimensione valoriale, nella scienza giuridica e fuori dal contesto della *critica legislativa*, è necessariamente ricondotta alle norme giuridiche, di regole o di principi[86]. In tal senso, che lo si chiami assiologico o meno, non esiste fondamento per considerare tale modello come *esterno al diritto*. In un *rule-based* e *rule-guided reasoning*, un *modello di rilevanza giuridica* è necessariamente un *modello giuridico di rilevanza*[87]. L'eventuale proposizione di un'*ipotesi di rilevanza* delle proprietà per la risoluzione di un caso è il prodotto di una *scoperta nel contesto del diritto*: essendo quindi una verità, esso vale anche per la conclusione inversa, particolarmente rilevante per la comprensione della defettibilità normativa: la conoscenza della rilevanza dei fatti è incompleta solo in virtù della *conoscenza incompleta del diritto*[88].

La contrapposizione tra la rilevanza *prescrittiva* e la rilevanza *descrittiva* delle proprietà si attenua, quindi, nel contesto di un diverso *modello trasparente di rilevanza*. In questo modello, dove non si concepiscono modelli prescrittivi di rilevanza extra-giuridici, la rilevanza giuridica delle proprietà è meramente descrittiva, derivando l'identificazione di tale rilevanza dagli antecedenti delle

[84] Sul sistema assiologico del legislatore, come sistema esterno all'ordinamento giuridico, che conforma il modello di rilevanza alla luce del quale si definisce l'adeguamento assiologico delle norme giuridiche, ALCHOURRÓN, BULYGIN 1971, 157. Particolarmente critico sull'impossibilità che l'ipotesi di rilevamento si abbia necessariamente in un contesto esterno al diritto, RATTI 2013, 62 ss.

[85] Per evitare confusione con la summenzionata genericità, si opta per parlare di *classe di casi* invece che di *casi generici*, terminologia usata da ALCHOURRÓN, BULYGIN, 2006.

[86] Paradigmaticamente, ALEXY 1986, 86 ss.

[87] Relativamente al *rule-based reasoning*, SCHAUER 1991 42 ss.; BAYÓN 2001, 337. Il *rule-based reasoning* non ha niente a che vedere, nel contesto nel quale si usa, con la distinzione tra regole e principi. *Rule* significa, lì, norma giuridica.

[88] Così, tale fatto ha portato alla creazione dell'espressione "inesattezza descrittiva", HAMPSHIRE 1978, 30 ss.

norme del SG[89]. Non vi è qui, al contrario del modello anteriore, qualsiasi distinzione nella formulazione della rilevanza delle proprietà, nella misura in cui questa è necessariamente ottenuta a partire dall'identificazione e interpretazione (e non della critica extra-giuridica) del materiale normativo che compone il SG. La rilevanza descrittiva delle proprietà definitorie di un caso si divide, nel modello, tra la rilevanza *prima facie* e quella *all-things-considered*: *(i)* nel primo caso, una proprietà è rilevante se e solo se tale proprietà è menzionata da una delle regole del SG e tale proprietà (x) e la sua proprietà complementare ($\neg x$) hanno *status* deontici distinti; nel secondo caso, una proprietà è rilevante se e solo se, nonostante sia considerata *prima facie* irrilevante dalla regola applicabile (ovvero alla *regola di partenza*), sia qualificata *all things considered* come rilevante dal sistema normativo soggiacente alle regole del SG, ovvero quando tale proprietà sia considerata rilevante alla luce di altre norme dell'ordinamento (regole e principi)[90]. Qualificare il modello come trasparente deriva dal fatto che questo permette di sottolineare la rilevanza descrittiva delle proprietà, non solo a partire dalla sua definizione dalle regole del SG ma anche a partire dai principi del SG che, nella qualità di metanorme giustificative, sono alla base di tali regole e di esse costituiscono ragioni soggiacenti.

Ciò che giustifica la distinzione tra la rilevanza *prima facie* e quella *all-things-considered* è, quindi, solo l'estensione del materiale giuridico che funge da premessa alla conclusione: mentre nel *(i)* primo caso, che è indicato come *tesi di rilevanza*, la rilevanza di una proprietà è dedotta in un determinato momento temporale, a partire da una norma individuata, nel *(ii)* secondo caso, che è indicato come *ipotesi di rilevanza,* tale rilevanza è estratta in un momento successivo, a partire da un materiale normativo più esteso, integrando non solo la regola applicabile di partenza ma anche *(i)* altre regole di SG, *(ii)* principi espliciti di SG e *(iii)* principi impliciti, formulati per induzione a partire dalla previsione delle regole del SG e che sono in vigore, a titolo di consuetudine, in questo SG[91]. La differenza tra l'identificazione della tesi della rilevanza, o rilevanza *prima facie*, e l'identificazione dell'ipotesi della rilevanza o rilevanza *all-things-*considered, è, in questa

[89] Trattando il così detto «modello assiologico» come un modello interno all'ordinamento giuridico, nel contesto di un *modello trasparente di rilevanza,* RODRÍGUEZ 1999, 355 ss.

[90] Ciò correla questa maggiore estensione del materiale normativo *all things considered* allo «spiare dalla finestra» del quale parla SCHAUER 1991, 205, essendo la finestra, nella metafora, naturalmente, la norma la cui applicabilità è suscitata e ciò che si nasconde dietro (le altre norme dell'ordinamento, siano queste regole o principi, *prima facie* applicabili al caso). Relativamente ai principi come *rule-justifications,* RAZ 1999, 187.

[91] In senso prossimo, parlando di un contesto temporale dove, presente la rilevanza *prima facie,* si prosegue, in un momento susseguente, con una ricerca supplementare di enunciati normativi da dove appare la rilevanza *all-things-considered,* RATTI 2013, 67. Sui principi impliciti come fondamento dell'estensione della rilevanza delle proprietà dei casi RODRIGUEZ 1999, 357. Sulla formulazione dei principi impliciti, GUASTINI 1999, 148.

misura, una differenza di estensione del micro-sistema che sostiene la conclusione. La definizione della rilevanza *all-things-considered* risiede nella constatazione della convivenza intrinsecamente conflittuale delle norme che compongono la maggior parte dei SG e della necessità metodologica di risolvere, in una fase posteriore al rilevamento della rilevanza normativa delle proprietà del caso, tali conflitti nel contesto di una strutturazione coerente del SG.

Tornando alla questione delle lacune normative, la compatibilizzazione del rifiuto della rilevanza prescrittiva (come valorizzazione esterna al sistema) con la distinzione tra casi non regolati e casi che il diritto *non intendeva* regolare è sviluppata da Rodriguez nel seguente passaggio:

> «Davanti ad una lacuna normativa, la condotta della quale si tratta ha ricevuto una determinata qualifica normativa perlomeno a rispetto di determinati casi, definiti a partire da proprietà che risultano descrittivamente rilevanti, ovvero proprietà la cui presenza o assenza determina soluzioni differenziate nel sistema. Ciononostante, in un caso che è ugualmente definito a partire da tali proprietà, si è omesso qualificare normativamente la stessa azione. Così, si potrebbe sostenere che si tratta di un caso che il diritto "intende regolare" dato che i) la condotta la cui qualifica normativa è in causa è stata considerata dall'autorità normativa perlomeno rispetto a certi casi e ii) il caso in causa risulta dalla considerazione delle proprietà che sono descrittivamente rilevanti al rispetto di tale condotta, non di proprietà la cui eventuale rilevanza è valutata da una prospettiva valorizzativa esterna al sistema (...) i casi che il diritto "non intende regolare" sarebbero a) casi nei quali la condotta considerata non è stata qualificata normativamente davanti a nessun caso o b) casi che non risultano definiti da proprietà descrittivamente rilevanti conformemente al sistema se non per proprietà alle quali l'interprete ha attribuito rilevanza normativa[92]. (...) Una proprietà può essere qualificata come normativamente rilevante se una norma lo determina in tal senso. Se la nostra analisi si concentra su un certo sistema normativo, la rilevanza di una proprietà può essere il risultato solo dell'esistenza di una norma nel sistema che lo determina in tal senso»[93].

L'equivalenza tra l'«omissione con pretesa di regolazione» e la rilevanza normativa della condotta, perlomeno in determinati casi, ricorda il caso di Schauer sulla sub-inclusività della regola R_1 "è proibito entrare con cani nel ristorante" rispetto al caso *entrare con orsi nel ristorante*[94]. R_1 è intuitivamente un caso di deficit di generalizzazione ed eccesso di particolarismo. Ma, come Rodriguez abilmente dimostra, la sub-inclusività non è una proprietà autonoma della sopra-inclusività normativa[95]. A rigore, la sub-inclusività di R_1 è condizionata all'interpretazione del

[92] RODRÍGUEZ 2005, 148.
[93] RODRÍGUEZ 2005, 154.
[94] SCHAUER 1991, 31 ss.
[95] RODRIGUEZ 2012, 92.

suo enunciato come bicondizionale [*solo e solo se (= iff) ai cani è proibito entrare*], derivando solo da ciò logicamente la norma *permessa l'entrata agli orsi*. Ma, in questo caso, il permesso dell'entrata degli orsi entra in conflitto (ovvero, è super-inclusiva) con la *ragione soggiacente* alla (ovvero il principio che giustifica la) proibizione dell'entrata dei cani. La mancata interpretazione di R_1 come un bicondizionale – ma come un condizionale semplice – non autorizza l'entrata di orsi, perché implica l'interpretazione di R_1 come una regola che semplicemente fa affiorare (ovvero è solo una delle istanze di) un principio P_1 (metanorma giustificativa di R_1), esplicito o implicito, che proibisce la realizzazione di *qualsiasi condotta in grado di causare problemi presso attività di terzi*. Quindi, considerare il caso *entrata di orsi* come una lacuna normativa, anche se rientra nella definizione di Rodríguez (*condotta che ha ricevuto una determinata qualifica normativa perlomeno relativamente a determinati casi, definiti a partire dalle proprietà che risultano descrittivamente rilevanti*), solleva la questione: presupponendo che tutte le norme del SG (regole o principi) lo sono solo quando sono *norme positive*, se le proprietà del caso sussumano sotto l'antecedente del P_1 (ovvero le opportunità per le condotte generiche di *causare problemi ad attività di terzi*) e non se sussumano sotto l'antecedente di nessuna regola (da R_1 a R_n), allora il caso non è *all things considered* normativamente non regolato: è regolato da P_1, che è una norma del SG[96]. E la questione non cambia quando il caso, non sussumendo solo sotto P_1, sussume simultaneamente sotto P_1 e P_2, in conflitto: se vi è conflitto di norme *prima facie* applicabili, allora vi è regolamentazione normativa del SG[97]. In virtù di quanto esposto, si prefigura come preferibile non prendere in considerazione l'elemento della «pretesa di regolazione» delle lacune normative, rimanendo solo, per il rilevamento di queste, la mancata correlazione di una classe di casi con una qualifica normativa della condotta del SG (sia tramite regola che principio) in un determinato o un qualsiasi stato di cose.

4.2.3. *Necessità e contingenza nell'(in)completezza dei sistemi giuridici*

Adottando la tesi della contingenza della completezza dei SG, non ha ovviamente senso parlare di lacune normative senza far riferimento ad un dato SG_x e ad un dato $caso_y$[98]. Se si adotta la tesi della necessità della completezza, il riferimento a

[96] In senso prossimo, DUARTE 2015, 11.

[97] È il punto che marca la discordanza con la teoria delle lacune di Manero. Questa, non prendendo in considerazione la regolazione a sé dei principi, riferisce che le lacune sorgono come due tipi di deficit dei sistemi di regole predefinite in relazione ai principi che le giustificano: *(i)* il sistema di regole manca, in relazione ad un caso, di una regola applicabile, essendo la presenza di tale regola esigibile dalla ponderazione tra principi conflittuali (sub-inclusività della regola rispetto ai principi soggiacenti o lacuna normativa); *(ii)* il sistema di regole non considera come rilevante una proprietà che, conformemente alle esigenze di tale ponderazione, dovrebbe essere presa in considerazione (super-inclusività della regola rispetto ai principi soggiacenti o lacuna assiologica). MANERO 2005, 123.

[98] Un caso può non trovare soluzione in un sistema ma bensì in un altro; un SG può non stipulare solu-

casi e a determinati SG diventa irrilevante: tutti i SG sono necessariamente completi, che implica che tutti i casi dell'UC sono necessariamente regolati. D'altro canto, se (1) i SG sono necessariamente completi, le norme che regolano il *gap-filling* sono norme di oggetto logicamente impossibile; se (2) i SG sono necessariamente incompleti, le norme che regolano il *gap-filling* sono norme convenienti per limitare la discrezionalità nella creazione di diritto necessaria per l'integrazione delle lacune (necessarie); se (3) la completezza dei SG è una questione empirica (contingente), le norme che regolano il *gap-filling* sono eventualmente convenienti, in base al fatto che il SG sia incompleto.

La teoria riferita in (1) è la prospettiva kelseniana originale, secondo la quale *il diritto è sempre applicabile*: non esistono condotte giuridicamente irrilevanti, tutte le condotte dell'UA, indipendentemente dalle proprietà dell'UP, presenti o assenti, hanno necessariamente uno *status* deontico[99]. L'inesistenza di proibizioni (e di imposizioni) decorrente da un dato SG_x, relativamente ad una data $condotta_y$, significa necessariamente che tale condotta è permessa in quel SG. Si formula una norma di chiusura di base logica: *per tutti ed ogni SG è necessariamente vero l'enunciato che stipula che tutto ciò che non è proibito, è permesso.* $[\forall x\ (\neg F\emptyset \rightarrow P\emptyset)]$[100].

La teoria riferita in (2) è prossima al concetto di von Wright, ovvero tutte le condotte concepibili ricadono necessariamente in due categorie possibili, congiuntamente esaustive e mutuamente escludenti: *(i)* condotte regolate da norme giuridiche e *(ii)* condotte (finora) non regolate da norme giuridiche. È impossibile che un'autorità normativa faccia un inventario di tutte le condotte concepibili e risolva il suo status deontico, per cui ci saranno *sempre* condotte la cui regolazione è stata omessa, sia per imprudenza, sia perché non era di interesse[101].

La teoria riferita in (3) corrisponde, nonostante la molteplicità di fondamenti teorici, alla teoria *mainstream*[102]. Essa sostiene che è una questione empirica e una verità contingente che i sistemi siano (in)completi: dipende dall'esistenza di *(i)* norme in vigore che regolano qualsiasi condotta nell'UA in qualsiasi occasione sia eventualmente presente una proprietà dell'UP o di *(ii)* norme di chiusura in vigore che prescrivono che, se il sistema non attribuisce una proprietà deontica ad una determinata condotta dell'UA, allora si dovrà considerare che il sistema attribuisce *pari passu* una proprietà deonticamente rilevante dell'UP a tale condotta.

zioni normative per un determinato caso ma, ovviamente, conterrà soluzioni per altri casi. NINO 2003, 281.

[99] KELSEN 1960, 274 ss. Anche, con altre basi e altre conseguenze, SOETEMAN 1997, 331. Si noti che il *secondo* Kelsen modifica la sua posizione, intendendo che, quando non c'è na norma applicabile ad un caso, si applica *tutto l'ordinamento giuridico*. Richiamando l'attenzione sulla versione *debole* del principio di proibizione, nella sua visione compatibile con l'esistenza di lacune, BULYGIN 2005, 37.

[100] A rigore, si deve comprendere che il *principio di proibizione* include anche la sua imposizione. Tuttavia, data l'inter-definibilità dei modi deontici, non è necessario menzionarlo.

[101] VON WRIGHT 1963, 86.

[102] ALCHOURRÓN, BULYGIN 1971, 169 ss.

4.2.4. *Norme di chiusura e (in)completezza dei sistemi giuridici*

L'esempio di scuola nella teoria (3) con la succitata variante *(ii)*, è quello della norma "nulla poena sine lege" (*nulla poena*) con riferimento ai sotto-sistemi liberali del diritto penale. Tuttavia, si comprende facilmente che, nella teoria (3) non vi è autonomia tra *(ii)* e la succitata *(i)*. Nel senso rilevante della norma *nulla poena*, questa è considerata come una norma che permette penalmente qualsiasi condotta che non sia penalmente proibita[103]. Così come l'antecedente è limitato alla rilevanza giuridico-penale, dalla norme non può derivare, direttamente o indirettamente, qualsiasi conclusione sulla qualificazione deontica permissiva generale (ovvero, rilevanza giuridica *non penale*); ne deriva solo, nonostante incomba un caso di ragionamento entimematico, che sono *penalmente permesse* (= non implicano normativamente sanzioni penali) le condotte *non penalmente proibite*. Quindi, è l'interpretazione dell'enunciato *nulla poena* come norma eccezionale [*solo e solo se penalmente previste, le condotte sono penalmente proibite* (*e sanzionabili*)] che permette di arrivare ad un'altra norma con quella che viene impropriamente definita «argomentazione *a contrario*»[104].

L'argomentazione al contrario non fa altro che esprimere la derivazione logica di una norma generale, già contenuta nella concatenazione delle premesse che si concludono con l'attribuzione dello statuto di eccezionalità a una norma, condizionata da una previa *opzione interpretativa* dell'enunciato di quest'ultima[105]. Quindi, sarà sempre un'argomentazione non valida quando ricade su una norma con la struttura di un *condizionale semplice*, e, anche così, quando tale condizionale, applicato ad una determinata categoria di casi, sia una mera reiterazione di una norma generale che definisce lo stesso per tutti i casi di una categoria maggiore[106].

[103] L'enunciato della norma *nulla poena* può essere interpretato con tre sensi diversi: *(i)* come norma diretta al legislatore, proibendo la creazione di crimini *ex post facto*; *(ii)* come norma diretta ai giudici, proibendo la punizione di soggetto per condotte non penalmente punibili alla data della realizzazione e *(iii)* come norma di chiusra per il diritto penale, *permettendo qualsiasi condotta non penalmente proibita*. ALCHOURRÓN, BULYGIN 1971, 196-198; Soeteman la intende tuttavia solo come una norma diretta alle autorità normative, proibendo l'emissione di proibizioni ma non destinata ai soggetti la cui condotta penalmente considerata è regolata. SOETEMAN 1997, 328. Si tornerà alla questione.

[104] Questo si basa sulla esplicitazione del senso dell'espressione quantificatrice ("solo", "solamente" o "esclusivamente"), essendo valido solo come giustificazione di una soluzione logicamente sostenuta da una norma di struttura bicondizionale dove, *se e solo se* x, *deve essere* y. Corrisponde, togliendo ora l'inapplicabilità della funzione di verità alle norme, alla definizione di un'equivalenza logica proposizionale rappresentata indistintamente da *iff* $x \rightarrow y$ o $\forall\ x \leftrightarrow y$. Ovvero *so e solo se* x *è che deve essere* y, in opposizione al condizionale semplice, rappresentato da *if* $x \rightarrow y$ ou $\forall\ x \rightarrow y$, ovvero semplicemente *se* x, *deve essere* y.

[105] GARCIA AMADO 2001, 55-58.

[106] Ciò significa, decisamente all'opposto rispetto al suo uso corrente, che l'argomentazione è condizionata da una determinata interpretazione dell'enunciato ma non è un'argomentazione interpretativa di per sé. L'argomentazione non corrisponde quindi ad una interpretazione *a contrario sensu*, bensì consustanzia una conclusione logica dell'attività di interpretazione di enunciati che deve seguire le norme interpretative vigenti in un dato SG. La complessità in questo caso deriva quindi dallo stesso

Qui si intravede la radice del problema della contrapposizione tra il bicondizionale e il condizionale semplice, per quello che ci concerne: sta nel sapere se la proposizione secondo la quale tutte le condotte penalmente proibite sono penalmente non permesse costituisce un'eccezione allo status deontico permissivo generale su tutte le condotte (genericamente prese in considerazione e anche relativamente a qualsiasi stato di cose) o se, al contrario, consustanzia il mera reiterazione di una norma generale dove tutte le condotte sono proibite nel SG (ovvero, indipendentemente dal fatto che siano penalmente previste o meno). Tuttavia, se la norma *nulla poena* – *qua* proibizione penale di condotte – fosse una reiterazione di una norma proibitiva generale, tutte le condotte sarebbero proibite e ciò avrebbe necessariamente implicato l'ineffettività del SG. Quindi, tra gli altri fondamenti conosciuti, ci dovrà essere un'eccezionalità implicata, tramite la quale si esplicita la norma generale.

(i) La norma *nulla poena* (N_1) può essere descritta da$[\forall x]$ $[(xa_1 \vee xa_n) \wedge xb \Rightarrow \mathrm{pF}\ (xa_1 \vee xa_n)]$ dove $(xa_1 \vee xa_n)$ = *qualsiasi condotta*; (xb) = *penalmente prevista*; pF = *penalmente proibita*. La definizione dell'eccezionalità di *nulla poena* risulta dal bicondizionale, raffigurato come $[\forall x]$ $[(xa_1 \vee xa_n) \wedge xb \leftrightarrow \mathrm{pF}\ (xa_1 \vee xa_n)]$ (ovvero *solo qualsiasi condotta penalmente prevista è penalmente proibita*).

(ii) L'inesistenza di lacune normative nel sotto-sistema del diritto penale deriva dalla norma esplicitata dall'eccezionalità di *nulla poena* (N_1): la norma N_2 descritta da$[\forall x]$ $[(xa_1 \vee xa_n) \wedge x\neg b \Rightarrow \mathrm{pP}\ (xa_1 \vee xa_n)]$ dove; $(x\neg b)$ = *non penalmente prevista* e pP = *è penalmente permessa* (*ovvero, qualsiasi condotta penalmente non prevista è penalmente permessa*).

La dimensione della chiusura deriva quindi soltanto dal fatto che l'antecedente N_2 va a qualificare deonticamente *qualsiasi condotta* in *qualsiasi stato di cose* (a condizione della mancata previsione penale). Data la genericità della condotta, N_2 è un principio che preclude il vuoto normativo di una condotta dell'UA penalmente rilevante. Si tratta qui, naturalmente, di una mera costatazione empirica. Ora trovano giustificazione due considerazioni aggiuntive. Da un lato, ciò che si afferma non implica l'accettazione, contra-intuitiva, che il diritto penale è *(i)* un sistema esclusivo di regole, che non include principi e *(ii)* un sistema di proibizioni che non include permessi[107]. La norma di legittima difesa – vigente in tutti i sotto-sistemi penali liberali – e le cause di esclusione dell'illiceità sono norme che regolano azioni generiche *prima facie* penalmente rilevanti, facendo

fondamento del ricorso all'argomentazione, e non dall'argomentazione in sé, dato che questo dipende sempre dalla previa stipulazione interpretativa di un enunciato che esprime la norma come un bicondizionale. GARCIA AMADO 2001, 43; RENTERÍA DIAZ 1997, 325 ss.

[107] Così, però, relativamente ad entrambe, MANERO 2005, 120. Si ricorda che Manero riferisce che il sotto-sistema del diritto penale è un sistema chiuso solo nel senso che impedisce l'ampliamento dell'ambito del penalmente illecito, ma non nel senso che abilita le eccezioni che riducono tale ambito.

eccezione per le proibizioni. Dall'altro lato, né tutti i sotto-sistemi del diritto penale presuppongono la norma di chiusura *nulla poena*, né le norme di chiusura sono patrimonio esclusivo dei sotto-sistemi del diritto penale.

4.2.5. *La completezza del sistema giuridico portoghese*

La revisione costituzionale del 1997 ha sancito nella Costituzione portoghese (comma 1 dell'articolo 26.) la norma enunciata da «a tutti sono riconosciuti i diritti [...] allo sviluppo della personalità»[108]. La mera dimensione del diritto di libertà, che consacra uno spazio di autodeterminazione che *prima facie* ripudia le intromissioni nel giudizio discrezionale dello *sviluppo della personalità del titolare*, denuncia il carattere permissivo della norma, con il dovere inerente (*obbligo*) del rispetto, destinato a terzi. Nonostante si riscontri un determinato grado di ambiguità nell'espressione *sviluppare la personalità*, si comprende facilmente che quest'ultimo concetto non si confonde assolutamente con il basilare concetto di personalità giuridica.

La Costituzione si impegna a garantire *l'auto-sviluppo e l'auto-formazione della personalità* e a rendere possibile l'osservanza di quanto in essa è virtualmente contenuto, conformemente alla decisione autonoma del titolare in questione. Si tratta per l'esattezza di fornire *prima facie* al soggetto titolare tutte le possibilità di auto-determinazione, riverberate in infinite opportunità che il soggetto considererà come esponenti dello sviluppo della sua personalità. La sindacabilità di tale sviluppo della personalità (ovvero, sapere se la realizzazione di una determinata condotta è eventualmente uno *sviluppo della personalità*), data l'autonomia implicata nella stessa azione iper-generica (realizzare Ø mentre si *sviluppa* la personalità) sarebbe, alla luce della norma, paradossale. Si consacra così, in questo SG, sotto l'ombrello di una libertà dello sviluppo personale, una *libertà generale dell'azione*[109]. La norma comprende

[108] L'enunciato completo del comma 1 dell'articolo 26, che comprende norme multiple, è il seguente: «ad ognuno sono riconosciuti i diritti all'identità personale, allo sviluppo della personalità, alla capacità civile, alla cittadinanza, al buon nome e alla reputazione, all'immagine, alla parola, alla protezione della vita privata e famigliare e alla protezione legale contro qualsiasi forma di discriminazione». Si tratta di una formulazione simile (sebbene, al contrario di questa, non esplicitamente eccepita) a quella della norma presente nella Costituzione tedesca (comma 1 dell'articolo 2) ai sensi della quale: «ognuno ha diritto al libero sviluppo della propria personalità, in quanto non violi i diritti degli altri e non trasgredisca l'ordinamento costituzionale o la legge morale».

[109] Se il *norm-content* – ovvero, quello che si permette – è lo sviluppo della personalità (= *tutto ciò che il titolare ritenga che includa uno sviluppo della personalità*), allora la norma (didatticamente categorica ma ipotetica nella realtà) presuppone come condizioni quelle che consustanziano un'opportunità per lo sviluppo della personalità, ovvero ogni volta che il titolare ritenga che sia in grado di svilupparla. A questo punto sembra evidente che, per *sviluppare la personalità* nel senso di *agire*, è necessario poco più di essere vivo e cerebralmente vivo (in grado di *volere*). Nel senso della sanzione di una norma generale di azione, PINTO 1999, 199. La conclusione è ancora più chiara quando si comprende che, prima della revisione costituzionale del 1997, aleggiavano dei dubbi sul comma 1 dell'articolo 27 della Costituzione

quindi nel suo antecedente una disgiunzione logico-inclusiva tra tutte le condotte specifiche integrate nella condotta generica *agire*, modellizzate permissivamente: relativamente alla totalità dell'UA, le condotte sono *prima facie* permesse, così come il titolare le voglia realizzare e intenda realizzarle nello sviluppo della sua personalità. Evidentemente, la norma è un principio permissivo[110]. L'occasione normativa è anch'essa generica: l'omissione di distinzione equivale a *in qualsiasi occasione*.

(i) La norma enunciata *tutti hanno il diritto alla libertà di azione*, nell'equivalente semantico *tutti possono agire liberamente* può quindi essere logicamente descritta da $[\forall x]\ [(xa_1 \vee xa_n) \wedge (xb_1 \vee xb_n) \Rightarrow \mathrm{P}\ xa]$. $[xa_1 \vee xa_n]$ implica $[xa_1 \vee xa_2 \vee xa_3 \vee xa_n]$ dove (xa_1) = esprimere la propria creazione artistica; (xa_2) = offendere terzi; (xa_3) = stipulare un matrimonio.

(ii) La norma può essere logicamente descritta, ora evidenziando l'elemento dell'occasione normativa $[\forall x]\ [(xa_1 \vee xa_n) \wedge (xb_1 \vee xb_n) \Rightarrow \mathrm{P}\ xa]$ dove (xb_1) = di giorno; (xb_2) = di notte; (xb_3) = in inverno; (xb_n) = qualsiasi altro stato di cose concepibile.

L'inclusione della norma nel SG portoghese, data la correlazione di *qualsiasi condotta*, in *qualsiasi occasione*, con una conseguenza deonticamente qualificata (*possono essere realizzate*), sembra implicare la completezza di tale SG. Non vi sono condotte al di fuori di *qualsiasi condotta*, né vi sono occasioni al di fuori di *qualsiasi occasione*[111]. A condizione dell'accettazione consensuale dell'interpretazione dell'enunciato (dove si ammette che possano risiedere le *lacune di riconoscimento*), il SG portoghese è completo. Ciò implica che le norme del diritto portoghese che regolano il *gap-filling* sono, dal 1997, norme di oggetto logicamente impossibile (potendo recuperarne l'effettività nel caso la norma permissiva generale venga nel frattempo revocata). L'UC è genericamente regolato perché *la norma abbraccia qualsiasi A dell'UA e qualsiasi P dell'UP*. Se i principi sono solitamente visti come *gap-decreaser*, il principio che si analizza è un vero *gap-extinguisher*[112].

Le conseguenze della tesi della completezza del SG portoghese sono varie e complesse e non è questa la sede per affrontarle. Tra molte altre, si evidenziano le seguenti: (*i*) qualsiasi caso dell'UC instanzia l'antecedente della norma permissiva generale indipendentemente dal fatto che va ad instanziare anche l'antecedente

portoghese, ai sensi del quale con «ognuno ha diritto alla libertà» veniva sancito un diritto generale alla libertà, facendo riferimento alla maggioranza - solo per la determinazione di un *diritto a non essere incarcerato* (ovvero, libertà nel senso di *non prigione*).

[110] Come si deduce subito dalla condotta iper-generica regolata (ovvero, *fare qualsiasi cosa*).

[111] La comprensione della norma sembra invalidare, nel senso che si sta sostenendo, la teoria summenzionata in (2) relativa alla necessaria incompletezza del sistema. Non si ravvedono motivi affinché si ritenga impossibile che un'autorità normativa regoli tutte le condotte concepibili e risolva (anche se *prima facie*) il suo status deontico. Nel senso di tale impossibilità, però, VON WRIGHT 1963, 86.

[112] Sui principi come *gap-decreasers*, DUARTE 2015, 11.

delle altre norme del sistema; *(ii)* quello che in Portogallo è designato come lacuna può equivalere solo ad una *lacuna assiologica*; *(iii)* tutte le norme del SG portoghese quando sono *(a)* permissive, si trovano, in una relazione di *(ai)* specialità dichiarativa con consunzione, *(aii)* specialità costitutiva e, essendo quando sono *(b)* proibitive o impositive, in una relazione di eccezionalità; *(iv)* dal 1997, il SG portoghese non *cresce in espansione*, quanto piuttosto si specifica progressivamente tramite *restrizioni al permesso generale della condotta*; *(v)* qualsiasi caso dell'UC che soddisfi l'antecedente delle norme modellizzate impositivamente o proibitivamente implica necessariamente un conflitto normativo; *(vi)* la norma che determina la proibizione dell'analogis delle norme eccezionali, perché fa riferimento a tutte le norme impositive e proibitive, la rende problematica[113].

4.3. *La tesi della necessità logica della completezza e relativi equivoci*

Come si è visto, predicare la completezza ad un dato SG è una questione totalmente distinta rispetto alla deduzione della necessaria completezza dei SG. La prima questione è empirica e la seconda è logica. Una risposta positiva alla prima non ne implica una negativa alla seconda, ovvero la certificazione empirica della completezza di un sistema non ne confuta la completezza logica. Tuttavia, una risposta positiva alla seconda rende inutile la risposta alla prima. La dimostrazione della completezza come verità analitica è stata sviluppata, nella fase post-kelseniana, basandosi su altri modelli[114]. La versione più esaustiva della necessità della completezza è data dalla *Legge di Raz*, secondo la quale le norme di chiusura, preclusive di lacune normative, sono verità analitiche e non semplici norme giuridiche positive[115]. Così:

(i) Un sistema sarà completo se esiste una risposta completa per tutte le questioni giuridiche sulle quali vi è giurisdizione degli organi applicativi ufficiali del diritto; simmetricamente, esisterà una lacuna normativa se una questione giuridica sulla quale vi è giurisdizione degli organi applicativi ufficiali del diritto non avrà una risposta completa[116].

[113] Articolo 11 del Codice Civile portoghese.

[114] In una delle sue critiche al positivismo, Dworkin (DWORKIN 1985, 133) sostiene che la *tesi delle fonti* (*social sources thesis*), un *ex libris* del genere, implica la conseguenza contro-intuitiva della necessaria completezza dei sistemi giuridici. Cosi, con *p* equivalente ad una variabile e *fonte per p* equivalente ad una fonte per questa variabile:

(i) [*p*] equivale a [*fonte per p*];

(ii) [no *p*] equivale a [non *fonte per p*];

(iii) [non *p*] equivale a [*fonte per* non *p*], con sostituzione di *p* con [non *p*] in (i);

(iv) [non *fonte per p*] equivale a [fonte per *non p*], per la transitività del bicondizionale dell'equivalenza in ii) e (iii).

[115] RAZ 1979, 77.

[116] RAZ 1979, 70.

(ii) Ci sono due possibili risposte relativamente allo statuto deontico conclusivo di una condotta *p*: *(i)* è il diritto che (*it is the law that*) ha una ragione conclusiva da esigere affinché *p* (x *faccia Ø*); *(ii)* é il diritto che (*it is the law that*) non ha ragione conclusiva da esigere affinché *p* (x *faccia Ø*)[117]. *(ii)* equivale, per Raz, a dire che è il diritto che si permetta conclusivamente [*non p*].

(iii) Le lacune normative possono esistere solo a partire dalla negazione di (ii), ovvero se è possibile che [*non è il diritto che ha una ragione conclusiva affinché* x *faccia Ø*] e [*non è il diritto che non ha una ragione conclusiva affinché* x *faccia Ø*]; ovvero se è possibile che [*non è il diritto che ha una ragione conclusiva affinché* x *faccia Ø*] e [*non è il diritto che ha un permesso conclusivo affinché* x *faccia Ø*],

(iv) È una verità logica che può essere provata a partire da un sistema che [*non è il diritto che ha una ragione conclusiva affinché x faccia Ø*] equivale a [*è il diritto che non ha una ragione conclusiva affinché x faccia Ø*];

(v) Da (iii) e (iv) segue [*è il diritto che non ha una ragione conclusiva affinché x faccia Ø*] e [*non è il diritto che non ha una ragione conclusiva affinché x faccia Ø*];

(vi) (v) è una contraddizione. Quindi, (iv) implica la reiezione di (iii) e, con tale reiezione, la possibilità di lacune normative[118].

La critica più incisiva alla *Legge di Raz* risulta dal fatto che questa non distingue tra norme (espressioni prescrittive, valide o invalide) e proposizioni normative (enunciati descrittivi, veri o falsi, che informano sull'esistenza delle norme) così come dell'ambiguità dell'espressione raziana «è il diritto che (...)»[119].

È conosciuta l'ambiguità di "obbligatorio Ø"[120]. In una prima alternativa, è possibile ritrattare l'espressione della norma *obbligatorio Ø* o $[\forall x]\ [Ø \wedge (xa_1 \vee xa_n)]$ o *Ø* dove $\forall x$ = per tutti gli *x*, *Ø* = relativamente alla condotta *Ø* e $(xa_1 \vee xa_n)$ = in qualsiasi stato di cose concepibile. In questo caso, l'affermazione "è il diritto che è obbligatorio Ø" è letta come un'affermazione di *membership*: "*Il SG comprende la norma obbligatoria Ø*". Designando $[\forall x]\ [Ø \wedge (xa_1 \vee xa_n)]$ O *Ø* con N_1, l'affermazione si traduce in $(N_1 \in SJ)$[121]. Con base in tale ambiguità, sono sorte due alternative per la confutazione della *Legge di Raz*, condizionate dall'interpretazione della formalizzazione logica *LRp* [nella terminologia raziana, *è il diritto che ha una ragione conclusiva per esigere o (che x faccia Ø)*][122]. L'interpretazione$_1$ di tradurre la comprensione di *LRp* come O*p* ∈ SJ (ovvero obbli-

[117] Vi è una risposta giuridica completa se e solo se è vero che [è il diritto che esige una realtà conclusiva per *p* o è il diritto che non vi ha ragione conclusiva da esigere *p*].

[118] Questo è il *nucleo* della *Legge di Raz*. È possibile consultarne la base aggiuntiva in RAZ 1979, 75-77.

[119] Relativamente all'esistenza giuridica *qua membership* nel sistema, GUASTINI 2011, 255 ss.

[120] BULYGIN, MENDONCA 2005, 15 ss., 19 ss.; GUASTINI 2007, 319 ss.

[121] BULYGIN 2010, 284 ss.

[122] RAZ 1979, 71 ss.

gatorio *p* appartiene al SG). L'interpretazione$_2$ di tradurre la comprensione di *LRp* come T(O*p* ∈ SJ) (ovvero è vera, conformemente al diritto che O*p* ∈ SJ).

Conformemente all'interpretazione$_1$ di *LRp*:

(i) La negazione della norma *obbligatorio Ø* è una negazione interna, che opera sulla norma: trasforma N_1 in $[\forall x]\ [Ø \wedge (xa_1 \vee xa_n)] \neg O\ Ø$. Significa *non obbligatorio Ø*, equivalente a *permesso Ø*. La negazione della proposizione normativa è una negazione esterna che opera sulla proposizione di *membership* della norma. Significa "il SG non integra la norma obbligatorio Ø". Trasforma (N_1 ∈ SJ) in (N_1 ∉ SJ). Significa "il SG non integra la norma obbligatorio Ø".

(ii) Alla luce di tale ambiguità, la succitata proposizione *(ii)* di Raz, relativamente alle due possibili risposte complete relative allo statuto deontico conclusivo di una condotta *p* rispetta la seguente sostituzione: "È il diritto che (*it is the law that*) ha una ragione conclusiva per esigere *p* (che x *faccia Ø*)" è sostituito da "obbligatorio Ø appartiene al diritto" ([∀*x*] O Ø ∈ SJ); "è il diritto che (*it is the law that*) non ha una ragione conclusiva per esigere *p* (che x *faccia Ø*)" è sostituito da "non è obbligatorio che Ø appartenga al diritto" ([∀*x*] ¬ O Ø ∈ SJ) o ([∀*x*] P Ø ∈ SG).

(iii) Nella riformulazione dell'interpretazione$_1$, la proposizione *(ii)* di Raz, la cui negazione è necessaria per l'esistenza delle lacune normative, traduce solo l'equivalenza tra "(obbligatorio Ø) non appartiene al diritto" e "(non obbligatorio Ø) non appartiene al diritto".

(iv) Si nota subito che con tale distinzione non si ottiene la contraddizione nella succitata proposizione *(v)* di Raz. Se è vero che "[è il diritto che non ha una ragione conclusiva affinché x faccia Ø] e [non è il diritto che non ha una ragione conclusiva affinché x faccia Ø]" è una contraddizione, non è vero che "[(obbligatorio Ø) non appartiene al diritto]" e "[(non obbligatorio Ø) non appartiene al diritto"] sia una contraddizione.

(v) La verità logica invocata da Raz, indicata nella succitata proposizione *(iv)*, nell'equivalenza di [non è il diritto che obbligatorio Ø] a [è il diritto che non è obbligatorio Ø] non vale nell'equivalenza di "(obbligatorio Ø) non appartiene al diritto" a "(non obbligatorio Ø) appartiene al diritto". Come concludono Navarro e Rodríguez, il semplice fatto negativo che un determinato elemento non sia membro di un insieme non è motivo per concludere che un *altro* elemento sia membro di tale insieme[123].

Ai sensi dell'interpretazione$_2$ di *LRp*:

(i) Nell'interpretazione$_2$, la succitata proposizione *(ii)* di Raz la cui negazione

[123] RODRÍGUEZ 2005, 131 ss.; NAVARRO, RODRÍGUEZ 2014, 164.

è necessaria per l'esistenza di lacune normative traduce: "È vero, conformemente al diritto, che (obbligatorio Ø) appartiene al SG" e "è vero che, conformemente al diritto, (non obbligatorio Ø) appartiene al SG".

(ii) Ma la riformulazione, nell'interpretazione$_2$, della succitata verità logica di Raz (proposizione (*v*) *supra*) traduce "è vero che obbligatorio Ø non appartiene a SG" e "non è vero (= è falso) che obbligatorio Ø appartiene a SJ", il che equivale alla disgiunzione, dalla bivalenza (*tertium non datur*) "o obbligatorio Ø appartiene a SG o obbligatorio Ø non appartiene a SG".

(iii) La negazione di tale proposizione equivale a "è falso che obbligatorio Ø appartenga a SG ed è falso che obbligatorio Ø non appartenga a SG" il che sia autonomamente sia insieme alla preposizione anteriore genera una contraddizione. In questa interpretazione$_2$, l'esistenza di lacune è un assurdo[124].

Le interpretazioni analizzate evidenziano la qualificazione del concetto prescrittivo di permesso come concetto assoluto e la qualificazione del concetto descrittivo di permesso come concetto relativo (ovvero, proposizione sull'esistenza della norma in un dato SG). Nel famoso "trilemma di Bulygin", se il principio "per tutti ed ogni SG è necessariamente vero l'enunciato che stipula che tutto ciò che non è proibito, è permesso" – o $[\forall x\ (\neg F\emptyset \rightarrow P\emptyset)]$ – è una norma, allora la sua esistenza è contingente; corrisponde alla propria norma enunciata e non ad una descrizione della stessa e, di conseguenza, presuppone *la sua esistenza e la sua validità in un dato SG*. Se il principio corrisponde ad una proposizione normativa relativa ad un *permesso in senso debole* (*non proibito*), allora da ciò deriva una verità analitica più banale (ovvero, *ciò che non è proibito, non è proibito*)[125]. Se il principio corrisponde ad una proposizione normativa relativa ad un *permesso in senso forte* (*positivamente permesso*), allora è contingente dato che, come risulta dall'interpretazione$_1$ della *Legge di Raz*, dall'assenza di una norma proibitiva non si deduce logicamente l'esistenza di una norma permissiva[126]. Ovviamente, quanto esposto non è confutato dall'invocazione (ed eventuale prova) di una norma consuetudinaria di permesso generale, dato che qualsiasi norma consuetudinaria, anch'essa legata ad un dato SG, è contingente.

La teoria summenzionata in 1 – la necessità della completezza dei sistemi – sarebbe solida solo se dimostrasse la ragione per cui una norma appartenga necessariamente a tutti i SG. E, secondo i postulati del positivismo per l'identificazione del diritto, nessuna vi appartiene. Un identico proposito sarebbe raggiunto solo attribuendo alla norma di chiusura il carattere di un enunciato sintetico necessario, includendo la

[124] NAVARRO, RODRÍGUEZ 2014, 165. In senso distinto, con conclusioni identiche, BULYGIN 2013, 348-350.
[125] Si afferma che se la condotta *p* non è proibita nel SG, allora – semplicemente in virtù dell'applicazione del principio logico dell'identità – la condotta *p* non è probita nel SG. NINO 2003, 283.
[126] BULYGIN 2010, 284 ss.

libertà (*i.e.*, il permesso) di realizzazione di una condotta come componente ontologico necessario di essa[127]. Ma, anche se fosse consensuale, tale necessità ontologica non direbbe nulla in merito alla completezza di un SG. Da ciò deriva solo che un'eventuale lacuna sarebbe coperta dal componente ontologico della stessa azione, il che non implica predicare la completezza necessaria al SG. Lo stesso si verifica relativamente all'argomento sulla mancanza di senso delle condotte senza statuto deontico. In partenza sembra ammissibile concepire un'azione – ovvero descriverla e nominarne le proprietà – senza metterne in causa lo statuto deontico: si tratta di distinti piani di analisi[128]. Tuttavia, qualora così non fosse, il permesso per difetto della realizzazione dell'azione non implicherebbe predicare la completezza di un SG: significherebbe solo che le lacune del SG (alla fine esistenti) sarebbero necessariamente soddisfatte dalla decorrenza logica dell'impossibilità della concezione di una condotta senza statuto deontico[129].

5. *La tesi dell'equivalenza pragmatica tra la non proibizione e il permesso: la forza dei permessi*

La confutazione della *Legge di Raz* permette solo di concludere con la *non dimostrazione della necessaria completezza dei SG come verità analitica.* Dalla confutazione della *Legge di Raz* non deriva che la mancata regolazione di una condotta sia necessariamente intesa come una ragione per un *non liquet* (regola generale proibita dal SG) o semplice discrezionalità e simmetria, con o senza delibera in merito, in un'azione legale. L'abbandono – perlomeno nell'attuale stato dell'arte – della prospettiva strettamente logica non implica negare l'argomentazione (differente) che, vedendo il diritto come un atto di parola, fa equivalere pragmaticamente al permesso la non proibizione.

5.1. *La teoria di Soeteman e Manero*

Soeteman accetta che il principio [$\forall x$ ($\neg$FØ $\rightarrow$PØ)] è valido solo, *al minimo*, per i permessi deboli. Dato che i permessi deboli (*non proibizioni*) sono compatibili con i permessi forti (*permessi positivi*), sebbene il contrario non sia vero, dalla non proibizione presa in considerazione singolarmente non deriva nulla in termini di forza del

[127] Quindi, sulla teoria di Carlos Cossio, NINO 2003, 284. Sulla libertà umana come presupposto dell'analisi delle azioni, GONZALEZ LAGIER 2013, 31 ss.

[128] Sui vari livelli del discorso dell'azione, in particolare quello dell'analisi concettuale delle nozioni senza le quali sarebbe impossibile dare all'azione il suo senso di azione (ovvero, intenzione, fine, ragione dell'azione, motivo, desiderio, preferenza, scelta e responsabilità), RICOEUR 1970, 43.

[129] Si cadrebbe nell'argomentazione del sarto che, in conclusione, rammenda sempre i buchi dei pantaloni (presupponendo quindi che tali *buchi* esistano nella realtà).

permesso (ovvero, prendendo in considerazione altri fattori). Dal punto di vista del ricevente (destinatari), Soeteman sostiene che la forza della *non proibizione* può variare, in base alle norme positive di chiusura, nello specifico *nulla poena* o la determinazione istituzionale di un diritto fondamentale della libertà (*i.e.*, permesso). Conclude, però, con l'impossibilità delle lacune dei SG basandosi sull'irrilevanza delle norme di chiusura (*permessi forti*) al livello primario della regolazione dei soggetti.

Per Soeteman, a questo livello primario esistono solo permessi deboli: le norme di chiusura sono *norme secondarie*, non dirette ai soggetti la cui condotta è permessa, bensì alle autorità normative, che proibiscono (con *forza variabile*) l'emissione di una proibizione su determinate condotte[130]. Tuttavia, questo è un problema cruciale nella costruzione di Soeteman, dato che introduce discretamente una restrizione artificiale presso i destinatari delle norme di chiusura. Si pensi alla norma *nulla poena*. Questa norma, consentendo la derivazione logica dei permessi a partire dall'eccezionalità delle norme proibitive che tipificano illeciti penali, ha necessariamente la stessa categoria di destinatari di queste ultime (ovvero, la norma *nulla poena* è universale, valendo per tutti i destinatari di un SG). Come è noto, *lex specialis* (che ingloba la relazione di eccezionalità) ha quattro varianti: specialità in virtù *(i)* dei destinatari, *(ii)* della materia, *(iii)* del territorio e *(iv)* del tempo. Fatto salvo quando l'eccezionalità è derivata in virtù dei soggetti – ove i destinatari della norma eccezionale sono una categoria ridotta, inclusa in quella più ampia dei destinatari della norma generale – le norme, generali ed eccezionali, si applicano esattamente agli stessi soggetti (ovvero, l'eccezionalità è derivata solo in virtù della materia, del territorio o del tempo). Ora, l'eccezionalità della norma *nulla poena* risiede nella materia regolata, non nei destinatari. Quindi, la norma generale, logicamente derivata, avrà necessariamente gli stessi destinatari delle norme che tipificano illeciti penali. Se anche fosse possibile che la norma *nulla poena* funga da proibizione dell'emissione di proibizioni penalmente rilevanti da parte delle autorità normative (ovvero, eccetto l'autorità competente per emettere nuove proibizioni), non vi è nulla che vada a giustificare il pensiero secondo il quale *nulla poena* non si applica ai soggetti la cui condotta è permessa[131]. Non restano però dubbi sul fatto che il permesso di realizzare le condotte è *fortemente* differente a condizione che esista una norma logicamente conseguente dell'eccezionalità del *nulla poena* o che non ne esista nessuna. È questo il motivo, già analizzato, che implica il non poter dedurre logicamente un permesso da un non divieto; non si verificano le relazioni logiche dell'eccezionalità tra PØ, da un lato, e, dall'altro, OØ e FØ[132]. La discordanza

[130] SOETEMAN 1997, 331.

[131] Lo stesso si verifica relativamente alla definizione costituzionale di un dritto di libertà i cui destinatari sono, in mancanza di una restrizione, universali (ovvero, cittadini e autorità normative).

[132] Sarebbe una strada tentatrice. Tuttavia, l'eccezionalità presuppone *(i)* un antecedente più ampio nella norma generale e più specifico nella norma eccezionale e *(ii)* la contraddittorietà del modo deontico [P × (O×F)] e l'incompatibilità del conseguente. Ora, l'antecedente della norma PØ, OØ e FØ include, in uno

segnalata non implica, però, l'essere in disaccordo con Soeteman relativamente al fatto che, a livello primario dei soggetti, i permessi *deboli* sono sufficienti per la realizzazione facoltativa delle condotte coperte.

Manero sostiene che le norme permissive sono rilevanti per i destinatari del SG. Servono, in particolare, per: *(i)* cancellare una proibizione, *(ii)* fare un'eccezione per una proibizione, *(iii)* chiarire che un determinato caso non è incluso in una proibizione o *(iv)* introdurre indirettamente una proibizione[133]. Al di fuori di queste specifiche circostanze, però, Manero sostiene l'equivalenza pragmatica, dalla prospettiva dei ricettori (destinatari), tra permessi forti (condotte espressamente permesse dal SG) e permessi deboli (condotte non proibite dal SG) che, al contrario delle norme con modalizzazione obbligatoria (Os e Fs), non impongono nulla. La carenza di uno statuto deontico rispetto ad una condotta implica che, in riferimento ad un SG, nessuna norma del SG è violata con l'azione/omissione della realizzazione della condotta, e il soggetto, in qualunque dei casi, conserva la disponibilità della stessa[134]. Nella contingenza dell'inesistenza di una norma di chiusura del SG (cioè una norma che copra la condotta più genericamente ipotizzabile o una proibizione eccezionale dalla quale derivi il permesso generale *forte*), la mancata regolazione da parte del SG equivarrà pragmaticamente al permesso del SG.

5.2. *Tre critiche di Bulygin*

È comunemente noto che la teoria di Manero (e, nella zona in cui si sovrappongono, quella di Soeteman) ha ricevuto diverse critiche da parte di Bulygin[135]. Tra le varie argomentazioni, si selezionano per l'analisi le seguenti tre:

5.2.1. *Argomento I: la gerarchia del sistema; replica: le lacune tecniche*

La prima argomentazione di Bulygin è quella, all'interno della teoria gerarchizzata dei SG, della creazione di una norma permissiva (ovvero, permesso forte) da un'autorità con competenze normative subordinanti che vincoli l'esercizio della competenza da parte di un'autorità con competenze normative subordinate. Lo

qualsiasi dei tre casi, un'opportunità per realizzare Ø (ovvero PØ non si verifica quando vi è un'opportunità per realizzare Ø *e* non vi è un'opportunità per realizzare Ø). I presupposti dell'eccezionalità non si verificano.

[133] MANERO 2005, 119. Anche, ATIENZA, MANERO 2005, 124-128.

[134] Con questa argomentazione, Manero sostiene la mancanza di simmetria delle condizioni di giustificazione del successo o insuccesso delle azioni giudiziarie. Affinché il successo dell'azione sia giustificato, è necessario che, in relazione alla condotta del convenuto, sia applicabile una norma che sia stata violata. Affinché l'insuccesso dell'azione sia giustificato, non è necessario che la condotta del colpevole costituisca un caso di osservanza (con norme prescrittive) o di facoltà (con norme premissive): è inoltre sufficiente che si tratti di una condotta non regolata. MANERO 2005, 118 ss.

[135] BULYGIN 2010, *passim.*

stesso non succede quando c'è *assenza di regolazione normativa*. L'argomentazione è presentata da Bulygin come espressione della rilevanza decisiva della creazione di norme permissive (forti)[136]. Non sembra però che Manero neghi tale rilevanza. Inoltre, dalla sua teoria deriva che i permessi positivi servono determinati propositi *mediante determinati stati di cose*: cosi, la norma PØ (*i*) serve per cancellare proibizioni, fare un'eccezione a proibizioni o chiarire che un determinato caso non è incluso in una proibizione *solo quando FØ esiste nel SG* (ovvero, *a posteriori*) e (*ii*) per introdurre indirettamente proibizioni, *quando si vuole evitare la creazione di FØ tramite norme di gerarchia inferiore* (ovvero, *a priori*). Solo al di fuori di tali circostanze, per Manero è pragmaticamente equivalente per il soggetto x che il SG contenga una norma PØ o che da esso risulti che Ø non è proibito.

Fatto salvo quanto è stato esposto, non sembra assolutamente evidente che sia necessaria la creazione di una norma permissiva (*forte*) per vincolare le autorità con competenza normative subordinate. È interessante vedere che, in questo aspetto, Bulygin si discosta decisamente dalla teoria kelseniana sulle lacune tecniche (una categoria possibile di lacune che non rientra nella tassonomia di *Normative Systems*).

(i) La teoria *kelseniana* sulle lacune tecniche è sintetizzata nel passaggio della *Reine Rechtslehre*, dove si mettono in discussione le conseguenze giuridiche del fatto che la legge vada a determinare, per ipotesi, che la composizione di un organo deve essere decisa tramite elezione, ma senza regolare gli aspetti di tale processo elettivo. Data l'inammissibilità delle lacune, sia in senso proprio sia in senso tecnico, «ciò significa che qualsiasi specie di elezione – elezione a maggioranza relativa o assoluta, scrutinio pubblico o segreto, ecc. – è legale. L'organo incaricato di realizzare l'elezione può determinare tale processo come meglio crede».

(ii) In tal senso, ad esempio relativamente al processo elettorale (metodo di valutazione dei risultati, orari delle cabine elettorali, *ecc.*), tutte le alternative sono ammissibili per la norma in questione. «La determinazione del processo elettorale è lasciata ad una norma di scala inferiore»[137].

Quando l'autorità A_2 crea la norma N_2 "la composizione degli organi deve essere valutata tramite elezione", con gerarchia H_2 (legale), quella norma regola la condotta *valutare la composizione dell'organo* ma nulla prescrive in merito alle condotte relative all'orario, alle modalità del voto o al formato della scheda elettorale. In una prima alternativa, si dirà che *la norma è tecnicamente lacunosa*, non potendo essere applicata senza la creazione di norme che regolino tali condotte. In una seconda alternativa, si dirà che l'autorità inferiore A_1 è vincolata

[136] BULYGIN 2010, 287. L'argomentazione risale a ALCHOURRÓN, BULYGIN 1971.

[137] Senza regolamentazione e senza norma espressa che la imponga, «l'organo incaricato di realizzare l'elezione può determinare il processo elettivo come preferisca». KELSEN 1960, 278.

all'indeterminazione normativa derivante da N_1 (ovvero il permesso di realizzare la condotta all'interno dello *spazio di alternative* permesso da N_1). In questo caso, la norma N_2, di gerarchia H_2 (regolamentare), può essere creata solo *restringendo l'ambito delle alternative concesse da N_1, (i)* di conseguenza esisterà una norma di competenza della gerarchia di N_2 da abilitare a tale scopo e *(ii)* nella sequenza dell'indeterminazione di N_1 entrerà in conflitto con altre norme della gerarchia H_2. Detto in altri termini, come è noto, i regolamenti (della gerarchia H_1) possono restringere l'ambito delle leggi (in determinati aspetti secondari, ovviamente) quando si fondono con altre norme (regole o principi) legali di gerarchia identica o superiore (ovvero, di gerarchia H_2 o H_3). In caso contrario, la norma della gerarchia H_2 sarà, in manifesta inversione della gerarchia normativa [$^{H_2} \uparrow_{H_1}$, quindi, $^{N_2} \uparrow_{N_1}$], alterata da una norma della gerarchia H_1.

Ammettere che, per non regolare determinati aspetti, N_1 è tecnicamente lacunosa (ovvero dato che esiste una *mancata regolazione* di tali aspetti, si blocca l'applicabilità di N_1), implica ammettere che *N_1 è una norma incompleta*, sebbene N_1 non autolimiti il suo antecedente (come sarebbe il caso se l'enunciato di N_1 fosse "gli organi devono essere scelti tramite elezione, nelle modalità, nei siti e negli orari da definire da N_2"). Tuttavia, alla luce di un modello di completezza normativa, *N_1 non è una norma incompleta*. Si adotta qui, per un contesto distinto, il concetto della norma completa data da Duarte d'Almeida, secondo il quale «per qualsiasi norma N, N è completa se, e solo se, il suo antecedente include tutte le condizioni dalla cui verifica dipende il conseguente»[138]. Presa in considerazione individualmente, N_1 comprende tutte le condizioni dalle quali dipende il suo conseguente (ovvero, in qualsiasi opportunità per realizzare l'elezione e in qualsiasi stato di cose).

È vero che si può affermare che N_1, nonostante sia *individualmente completa* (o *prima facie* completa), non è *all things considered* completa, poiché alcune alternative *prima facie* incluse da N_1 (ad esempio, una votazione nominale, ad alzata di mano) possono essere rigettate dalle norme N_2 a N_n del SG. Ma ciò è dovuto al fatto che tale alternativa (quindi, un permesso derivante da N_1) sia incompatibile con un'altra norma del SG, ad esempio N_3 che impone lo scrutinio segreto (ovvero, proibisce la costrizione dell'esercizio di voto). Da qui sembra derivare che la non completezza (*all things considered* e *all norms considered*) di N_1 deriva da conflitti normativi (*in casa*, tra il permesso derivante di N_1 e la proibizione derivante da N_3), ma *non dal fatto che N_1 sia tecnicamente lacunosa*[139]. In questa situazione, non corrisponderà alla verità che solo i permessi positivi (forti) limitano la creazione di proibizioni gerarchicamente inferiori perché anche in caso di permessi deboli, l'ambito di alternative di N_1 può essere ristretto se tale restrizione si fonda in altre norme del SG, con gerarchia identica o superiore a quella di N_1.

[138] D'ALMEIDA 2009, 409.
[139] È un caso di *too much law* e non di *too little law*.

5.2.2. *Argomento II: l'"aggregazione"; replica: la possibilità dell'equivalenza pragmatica*

La seconda argomentazione addotta da Bulygin è quella dell'aggregazione[140]. Ammettendo che SG_1 e SG_2 sono coerenti e che, nel primo, è contenuta una norma PØ e, nel secondo, la condotta Ø non è giuridicamente regolata, si direbbe dovrebbe affermare, secondo la tesi dell'equivalenza pragmatica, che SG_1 e SG_2 sono pragmaticamente equivalenti. Bulygin sostiene che, in questa situazione, l'introduzione della norma FØ in entrambi i SG porterebbe al mantenimento dell'equivalenza, evento che non si verifica: per Bulygin, SG_1 diventa incoerente ma SG_2 rimane coerente. Tuttavia, l'argomentazione procede solo perché, nella tesi di Bulygin, l'omissione della condotta Ø non equivale pragmaticamente a PØ (senza prendere in considerazione la *forza* o *protezione* del permesso, che sembra irrilevante per la coerenza del SG). L'ammissione dell'equivalenza pragmatica tra l'omissione della regolazione e il permesso ne implica la dissoluzione. Tanto nel SG_1 quanto nel SG_2 è generata un'incoerenza (PØ × FØ), che è però risolvibile frequentemente dalla metanorma *lex posterior anterior derogat*. L'argomento dell'aggregazione sembra, in questa misura, l'affermazione del conseguente: SG_2 rimane coerente solo perché non si accetta l'equivalenza pragmatica. Sembra quindi che tutto si giochi sul piano dell'ammissibilità dell'equivalenza pragmatica e non delle sue conseguenze.

5.2.3. *Argomento III: proposizioni negative indefinite; replica: regolazioni generiche di grado massimo e la dimensione situazionale dei soggetti del sistema giuridico*

La terza e ultima argomentazione di Bulygin si riferisce alla mancata implicazione tra la verità della proposizione "tutte le condotte sono proibite o non proibite" e la verità della proposizione "tutte le condotte sono regolate dal diritto". In merito a ciò, Bulygin afferma che accettare la verità della proposizione "tutte le cose sono azzurre o non azzurre" non implica la verità della preposizione "tutte le cose non azzurre sono colorate"; di conseguenza la verità della proposizione "tutte le condotte sono proibite o non proibite" non implica la verità della proposizione "tutte le condotte non proibite sono regolate" (caso nel quale sarebbero permesse). Il termine "non azzurro" come il termine "non proibito" sono *termini indefiniti*[141].

È interessante notare che Bulygin non si pronuncia sulla *pragmatica nel discorso*

[140] BULYGIN 2010, 287.

[141] A questa argomentazione si aggiunge quella secondo la quale la "non proibizione" implica l'insieme di elementi che non sono membri di nessun insieme. BULYGIN 2010, 289. Ma, nuovamente, il successo dell'argomentazione sembra condizionato dal fatto che "non proibito" significa "non regolato". L'accettazione dell'equivalenza pragmatica demolisce la critica. Il rifiuto dell'equivalenza la giustifica. Ma l'argomentazione non sembra possa servire a confermare o a confutare la tesi dell'equivalenza pragmatica. È solo una *conseguenza* del suo rifiuto.

giuridico, precisamente l'argomento che intende ribattere. La questione è vista dal punto di vista della prospettiva semantica (ovvero, cosa *significa* "tutte le cose sono azzurre" o cosa *significa* "tutte le condotte non sono proibite"), necessariamente libera da implicazioni sul piano del contenuto. Al contrario di quanto succede con Manero, la prospettiva di Bulygin sembra fondarsi sulla quasi irrilevanza che la dimensione pragmatica del linguaggio, in particolare nel contenuto implicato, ha per il diritto[142]. Quest'ultimo è composto da norme espresse da enunciati e gli enunciati hanno solo proprietà semantiche. Solo l'atto di produrre enunciati ha proprietà pragmatiche[143]. È in questo presupposto che si intende che la proposizione "Ø è non proibito" equivale ad una *proposizione negativa indefinita*: il suo significato è solo quello di attribuire a *x* l'inesistenza di una proprietà, senza dire qualcosa sulle proprietà di *x*.

Nel discorso giuridico, sono note le difficoltà relative alla definizione dell'*intenzione nella produzione di enunciati*: a ragion di logica, le difficoltà crescono relativamente al *silenzio*. Sul piano della comunicazione conversazionale, la questione è relativizzata prendendo in considerazione il principio cognitivo della rilevanza, in omissioni o comportamenti ostensivi. Così:

> «[...] l'intenzione comunicativa può essere chiarita da qualsiasi comportamento ostensivo – accennare, alzare gli occhi al cielo, lamentarsi, grugnire, sospirare, gemere o anche l'uso del silenzio. Ed è vero che i processi inferenziali fanno tutto il lavoro in tali casi, per il recupero dell'intenzione informativa dell'emittente»[144].

L'intenzione comunicativa dedotta di comportamenti (o omissioni) ostensivi diventa paradigmaticamente chiara quando vi è *interazione* tra emittente e ricevente. Nel diritto, data l'irrilevanza del contesto tra emittenti indeterminati (autorità normative) e riceventi indeterminati (destinatari), non esiste interazione e, in questa misura, non esistono implicazioni conversazionali. Al limite esistono implicazioni convenzionali, che non mancano di contesto, quando il contenuto implicato nel discorso direttivo risulta dal proprio codice semantico di una determinata comunità di parlanti[145]. Sulle intenzioni comunicative, si veda il seguente passaggio:

[142] «Solo i compromessi semantici fanno parte del diritto». MARMOR 2007, 137. Sulla pertinenza residuale del contenuto implicato nel discorso prescrittivo del diritto, basandosi sull'indeterminazione dei destinatari e l'assenza di contesto conversazionale nel discorso prescrittivo del diritto, DUARTE 2011, 121 ss.

[143] BACH 2005, 18 ss.

[144] A proposito del principio cognitivo della rilevanza nell'inferenza dell'intenzione comunicativa, BLAKEMORE 2002, 63.

[145] Con vari esempi, MARMOR 2007, 139; DUARTE 2011, 121 ss.

> «[Paul] Grice ha scoperto che c'è qualcosa di altamente distintivo relativamente alle intenzioni comunicative: hanno carattere riflessivo. Nella comunicazione, un emittente vuole che il suo significato "produca un qualche effetto sui riceventi tramite il riconoscimento della sua intenzione".[...] [l'atto comunicativo] avrà successo quando l'intenzione con la quale è stato realizzato è riconosciuta dai riceventi, in parte basandosi su quello che si intende far riconoscere. L'intenzione include, come parte del suo contenuto, che i riceventi riconoscano tale intenzione, prendendo in considerazione il fatto che si voglia [da parte dell'emittente] che [il ricevente] riconosca tale intenzione. L'intenzione comunicativa è quindi autoreferenziale o riflessiva. Un atto comunicativo avrà successo se coloro ai quali si rivolge riconoscono l'intenzione con la quale è stata realizzata. Sommariamente, il suo avverarsi consiste nel suo riconoscimento»[146].

Diventa quindi particolarmente complesso sostenere un'implicazione convenzionale di contenuto a partire dal codice semantico quando c'è semplicemente silenzio (che, senza interazione, difficilmente è *ostensivo*). È in causa, a rigore, confutare le proprietà pragmatiche dell'atto di *omettere la produzione di enunciati*[147]. Soeteman intende che, dalla prospettiva dell'emittente (autorità normativa), il silenzio non ha, in teoria, sempre lo stesso identico valore: o l'autorità normativa non ha proibito la condotta Ø perché la categoria di casi non è stata neanche presa in considerazione (*silenzio debole*) o non ha proibito la condotta Ø perché, avendo preso in considerazione la categoria dei casi, ha optato per non avere regolato esplicitamente: qui, l'inazione equivale pragmaticamente alla tacita creazione di una norma permissiva (*silenzio forte*)[148]. Il problema è, ed è già noto, che si sa *quando è questo un caso di silenzio forte*, che implica una speculazione, da parte del destinatario, sul fatto che *l'autorità abbia eventualmente preso in considerazione una categoria di casi* (ad eccezione, ovviamente, di quando ci sia un'evidenza empirica in tal senso). È che, voltandosi verso la prospettiva dei riceventi (destinatari), Soeteman qualifica, in maniera vaga e non approfondita, come *interpretare il SG*[149].

Si torni tuttavia all'esempio di Bulygin, relativo alle proposizioni negative indefinite. Non è irragionevole accettare che ci sia un differente impatto sul ricevente (soggetto$_1$) nel caso dell'enunciato "Ø non è proibito" e sul ricevente (soggetto$_2$) nel caso dell'enunciato "x non è azzurro". Situazionalmente, il soggetto$_1$

[146] BACH 2006, 153.

[147] La *reale volontà obiettiva* (la *ratio legis*) nella produzione degli enunciati, dato che non si rapporta a nulla di empirico ma ad un concetto metafisico, sarebbe, né più né meno, che una costruzione speculativa postuma, di ridotto valore scientifico. Citando in merito le violente critiche di Tarello, relativamente al maneggiamento del concetto *ratio legis* come modo di sabotare le *indefinite reali intenzioni dei titolari degli organi legislativi*, RATTI 2013, 31 (nt. 24).

[148] La forza del permesso dipende quindi sempre dalla *valutazione dell'ipotetica considerazione della condotta ipotetica dell'autorità normativa.*

[149] «Se gli enunciati di un SG sono silenziosi rispetto ad una condotta, ciò non significa necessariamente che il SG sia silenzioso». SOETEMAN 1997, 327.

deve progettare la realizzazione di Ø, o essere minimamente interessato a sapere se *può fare* Ø, in modo da comprendere, in un'alterazione di un determinato stato di cose (in una prospettiva interna) o, trattandosi di una descrizione, sapere se tutti gli *x* possono fare Ø, in modo da procedere ad un'alterazione di un determinato stato di cose (in una prospettiva esterna). Il soggetto$_2$ può essere interessato ai colori ma, simultaneamente, non volere, con tale informazione, fare qualcosa in merito ad un determinato stato di cose (ovvero, alterarlo). In particolare nella prospettiva interna, il soggetto$_1$ è potenzialmente soggetto ad una "pressione normativa" (o ad una descrizione della stessa) perché Ø e FØ non sono, in partenza fuori questione. Cercando una risposta alla questione dello statuto deontico di Ø, il soggetto$_1$ sa in partenza che, per esistere, quella sarà necessariamente PØ, FØ o OØ: c'è effettivamente una *domanda*[150]. Il soggetto$_2$ non è necessariamente soggetto ad alcuna pressione: confutare il colore di x non contribuisce necessariamente ad influenzarne la condotta. E saprà, a partire da "x è non azzurro" che ad avere un colore c'è una molteplicità di possibilità. Il vincolo situazionale contribuisce al fatto che il soggetto$_1$ interpreta l'inesistenza della norma che *proibisce* Ø come una norma che *permette* Ø, dato il silenzio sulle conseguenze giuridiche, dalla prospettiva del SG, per la realizzazione/omissione di Ø[151]. Si noti che le condizioni per l'ultima ipotesi descritta includono, naturalmente, quella che prevede che il SG non associ qualsiasi norma (regola o principio) alla categoria di condotte in causa. Il SG è quindi incompleto. Tuttavia, i destinatari del SG tenderanno, dato il vincolo situazionale, a interpretarlo come completo.

(i) É costruita una norma enunciata da "genericamente, qualsiasi condotta non proibita è permessa", con la seguente struttura: $[\forall x]\ [(xa_1 \vee xa_n) \wedge (\neg F) \Rightarrow P\ xa_1 \vee xa_n]$. $(xa_1 \vee xa_n)$ implica $(xa_1 \vee xa_2 \vee xa_3 \vee xa_n)$ dove (xa_1) = condotta $_1$; (xa_2) = condotta $_2$; (xa_3) = condotta $_3$; (xa_n) = qualsiasi condotta; $(\neg F)$ = non proibita; (P) = permessa.

(ii) La norma costruita può essere logicamente descritta, ora evidenziando l'elemento generico dell'occasione normativa, da $[\forall x]\ [(xa_1 \vee xa_n) \wedge (xa_1 \vee xa_n\ \neg F) \wedge (xb_1 \vee xb_n) \Rightarrow P\ xa_1 \vee xa_n]$ dove (xb_1) = di giorno; (xb_2) = di notte; (xb_3) = in inverno; (xb_n) = qualsiasi altro stato di cose concepibile.

Quindi, ho i miei dubbi che la norma descritta vada ad integrare *necessariamente* qualsiasi SG. In realtà, dipenderà sempre dai destinatari del SG[152]. Ma ho tuttavia pochi dubbi sul fatto che ciò corrisponda al modo in cui i destinatari di un SG

[150] Evidenziando questa *domanda* implicata nel problema normativo (che è situzionalmente rilevante), ALCHOURRÓN, BULYGIN 1971, 32.

[151] Radbruch intendeva che l'assenza di diritto (*ein rechtsleerer Raum*) è impossibile: quando un SG è silenzioso su una condotta, regola negativamente, *negando le conseguenze giuridiche*. RADBRUCH 1963, 298.

[152] Di conseguenza, anche se questa norma fosse in vigore consuetudinariamente, la sua esistenza sarebbe contingente.

solitamente interpretano il silenzio dell'autorità normativa (ovvero, l'omissione del *Master Book*), ovvero facendo equivalere l'assenza di proibizione, relativamente ai casi non qualificati deonticamente, ad un permesso dove *va tutto bene*[153]. È di paradigmatica importanza, però, notare che la costruzione di una norma generica di permesso di realizzazione delle condotte non proibite fa appello all'elemento *(i) per difetto* e *(ii) di consuetudine*, degli enunciati generici succitati[154]. Il permesso tradotto dalla preposizione normativa è quindi *il più debole* permesso concepibile: dato che si tratta di una definizione che *avvicina* le (e astrae dalle) proprietà particolari dei casi – *qualsiasi x non proibito è, per difetto e abitualmente, permesso* –, l'antecedente della norma non rappresenta ipoteticamente qualsiasi proprietà di una classe di casi. Rappresenta solamente una proprietà negativa: *la proprietà negativa della non proibizione relativamente a qualsiasi caso.*

5.3. *La graduazione della protezione dei permessi*

L'ammissione *prima facie* della tesi dell'equivalenza pragmatica non implica, come si è visto, l'irrilevanza della creazione delle norme permissive in un SG. Si potrebbe dire che, dato che il SG include una norma permissiva generale di azione, o facendo valere, per questo SG, la tesi dell'equivalenza pragmatica tra la non proibizione e il permesso, tutte le norme permissive che vanno ad integrare tale SG non sarebbero necessarie. È contro questo carattere superfluo che argomenta Bulygin, nella differenziazione tra la non proibizione (*permesso debole*) e il permesso positivo (*permesso forte*). La questione si collega, ovviamente, alla definizione della differenza tra permessi *protetti* e permessi *non protetti*.

Allo stesso modo per cui non sembra accettabile la semplice divisione binaria tra *permesso forte* e *permesso debole*, data la relatività del concetto (cioè, ci sono permessi più forti e più deboli), anche la divisione binaria tra *permessi protetti* e *non protetti* non sembra procedere[155]. Al di fuori del senso bulyginiano della contrapposizione tra permessi deboli e forti (permesso ≠ non proibizione), la forza dei permessi sembra essere relazionata al grado di coestensività tra le proprietà rilevanti dell'UO di un SG previste nella norma permissiva e tutte le proprietà rilevanti dell'UP derivanti da un SG (ovvero, *quanto più completa*, all norms considered, *sarà la norma permissiva, maggior forza avrà il permesso*). Ad esempio, la norma "è permessa la libertà di stampa" include un permesso più forte che il permesso incluso nella norma "è permessa la libertà di espressione", davanti ad un

[153] Relativamente a questo *va tutto bene*, legato ad una *mancata specificazione*, sulla genericità, LUZATTI 2012, 106 ss.
[154] KRIFKA 1987, 9 ss.
[155] Così, sui permessi *più forti* e i permessi *meno forti*, anche se con altre argomentazioni, SOETEMAN 1997, 329 ss.

caso di libertà di stampa. La norma "non è proibita la promozione di culti religiosi" comprende un permesso più forte che il permesso decorrente dalla norma "non è proibito realizzare nessuna condotta che non danneggia posizioni giuridiche di terzi", davanti ad un caso di libertà religiosa.

La protezione di un permesso, diretto ad una categoria di destinatari, deriva dalla *proibizione degli altri soggetti, relativamente all'interferenza con la condotta permessa*[156]. Tale protezione diventa particolarmente rilevante in contesti normativi di conflitto. Non è in causa solo il modo in cui la norma PØ (ad esempio, libertà di espressione) protegge, nella sua considerazione isolata, il destinatario relativamente a condotte che interferiscono con tale permesso (cioè rendere muto il destinatario). In questo caso, è irrilevante la forza del permesso, dato che *basta la sua esistenza.* La protezione del permesso PØ sorge quindi con rinnovata rilevanza quando *(i)* terzi, sostenuti da norme conflittuali (ovvero, OØ' o PØ', che implica FØ), vogliono interferire con la condotta e *(ii)* il SG non include una norma che risolva il conflitto tra il permesso e la proibizione. La rilevanza del permesso *protetto* è quindi una rilevanza dal *peso relativo*, in particolare nei conflitti normativi di tipo parziale-parziale, *prima facie* irrisolvibili dal SG. Si pensi alle note collisioni tra le norme di diritto fondamentali di libertà (permessi *vs* permessi) o tra norme di diritto fondamentali di libertà ed interessi costituzionali obiettivi (permessi *vs* obblighi).

Si potrebbe considerare che un SG che contiene una norma N_1 "tutti hanno libertà generale di azione" esonererebbe norme permissive aggiuntive, dato che tutte queste si trovano in una relazione di specialità dichiarativa con N_1. Non è difficile comprendere che N_2 "tutti hanno libertà di espressione" (= libertà più specifica rispetto a quella di azione) e N_3 "tutti hanno libertà di stampa" (= libertà più specifica rispetto a quella di espressione) non vanno ad aggiungere nessuna conseguenza a N_1: sono istanze di N_1, dato che tutte le condotte e le occasioni regolate in N_2 ricadono nell'antecedente di N_1 e tutte le condotte e le occasioni regolate in N_3 ricadono nell'antecedente di N_2 (e, per transitività, di N_1). Ma sembra chiaro che non si tratti di norme disprezzabili per il SG. N_2 e N_3 sono *norme il cui antecedente è più specifico e, di conseguenza, meno generico*, denotando una maggior approssimazione alle proprietà dei casi regolati. L'analisi della mera specialità dichiarativa incide sulle conseguenze delle norme prese in considerazione nella loro individuazione. Di conseguenza, ipotizzando un conflitto normativo nel SG, nel quale un permesso entra in conflitto con una norma in modalità prescrittiva, il risultato della ponderazione è influenzato dal *grado di genericità* della norma permissiva e il simmetrico *grado di specificità* della norma permissiva/obbligatoria conflittuale. Si parla qui di un *grado di coestensività*

[156] BULYGIN 2010, 295; BAYÓN 2009, 69.

tra proprietà rilevanti indicate nella previsione delle norme e proprietà dei casi in cui si applicano le norme. Il risultato della ponderazione, davanti ad un caso le cui proprietà rilevanti siano quelle di un soggetto che voglia scrivere un articolo giornalistico d'inchiesta sulla implicazione del suo governo nello spionaggio a paesi terzi, non sarà lo stesso quando si contrapporrà, da un lato *(a) l'obbligo di tutelare la sicurezza nazionale* a, dall'altro *(bi) il permesso di fare tutto ciò che non è proibito, (bii) il permesso di esprimersi liberamente o (biii) il permesso di esprimersi liberamente sulla stampa*.

In conclusione, il permesso pragmaticamente equivalente alla non proibizione non è quindi un permesso non protetto, né si comprende come questo sarebbe un concetto concepibile[157]. È, semplicemente, un *permesso con un minore grado di protezione concepibile*. Ciò avviene perché è simultaneamente un *permesso con un maggior grado di genericità concepibile*, puramente e semplicemente perché la norma permissiva *non rappresenta nessuna delle particolarità del caso*. E non potrebbe rappresentarle, dato che non include nel suo antecedente qualsiasi categoria specifica di casi (con *alcune* P dell'UP), bensì una categoria generica di qualsiasi caso (con un *qualsiasi* P di un UP). Dall'altro lato, l'equivalenza tra la non proibizione e il permesso non è problematica, data l'interdefinibilità dei modi deontici. Il problema sorge unicamente a partire dall'ottenimento di un permesso derivante da una *non proibizione generica, che avvicina e astrae le condotte e gli stati di cose non proibiti*.

Si torna quindi a un'idea espressa nelle pagine iniziali: tanto più generico sarà l'enunciato normativo, maggiore sarà la quantità, ma minore la qualità, di informazione fornita per risolvere il caso, *all things considered*, basandosi unicamente su quella norma. Il potenziale per una soluzione definitiva *all things considered* di una determinata norma cresce perciò in relazione proporzionalmente inversa al grado di genericità del suo enunciato. Il potenziale per una soluzione definitiva *all things considered* della norma permissiva derivante dalla non proibizione – dato che si tratta di una norma con il maggior grado di genericità possibile – è, in questa misura, il potenziale del minor grado possibile.

[157] Cfr. BAYÓN 2009, 69. Critico rispetto a questa visione, BULYGIN 2010, 295.

Riferimenti bibliografici

AARNIO A. 1997. *Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, Aldershot, Ashgate, 1997.

ALCHOURRÓN C. 1991. *Conflicts of Norms and the Revision of Normative Systems,* in «Law and Philosophy», 10, 4, 1991, 413 ss.

ALCHOURRÓN C. 2012, *On Law and Logic,* in FERRER BELTRÁN J., RATTI G.B. (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 39 ss.

ALCHOURRÓN C., BULYGIN E. 1971. *Normative Systems*, Vienna, Springer Verlag, 1971; 5ª reimp., Buenos Aires, Editorial Astrea, 2006 (ed. or. *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, trad. cast. di Carlos Alchourrón, Eugenio Bulygin).

ALCHOURRÓN C., BULYGIN E. 1991. *Fundamentos Pragmáticos para una Lógica de Normas*, in ID., *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 155 ss.

ALEXY R. 1986. *A Theory of Constitutional Rights,* Oxford, Oxford University Press, 2004 (ed. or. *Theorie der Grundrechte,* Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1986, trad. en. di Julian Rivers).

ALEXY R. 2000. *On the Structure of Legal Principles*, in «Ratio Juris», 13, 2000, 294 ss.

ALEXY R. 2014. *Formal Principles: a Reply to Critics,* in «International Journal of Constitutional Law» 12, 2014, 511 ss.

ASGEIRSSON H., 2012. *Vagueness, Comparative Value and the "Lawmaker's Challenge,* in «Archiv für Recths- und Sozialphilosophie», 98, 2012, 299 ss.

ATIENZA M., MANERO J.R. 2005. *Las Piezas del Derecho. Teoría de los Enunciados Jurídicos.* 3º ed. Barcelona, Ariel, 2005.

ATIENZA M., MANERO J.R. 2012. *Rules, Principles and Defeasibility* in BELTRÁN J.F., RATTI G.B. (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 238 ss.

ATRIA F. 2005. *Creación y Aplicación del Derecho: entre Formalismo y Escepticismo,* in ATRIA F., BULYGIN E., MORESO J.J., NAVARRO P., RODRIGUEZ J.L., RUIZ MANERO J. (eds.) *Lagunas en el Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005, 45 ss.

BACH K. 2005. *Context ex Machina*, in ZSABO Z. (ed.), *Semantics versus Pragmatics*, Oxford, Clarendon Press, 2005.

BACH K. 2006. *Speech Acts and Pragmatics*, in DEVITT M., HANLEY R. (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Language*, Oxford, Blackwell, 2006.

BAYÓN J.C. 2001. *Why is Legal Reasoning Defeasible,* in SOETEMAN A. (ed.), *Pluralism and Law*, Dordrecht, Kluwer, 2001, 327 ss.

BAYÓN J.C. 2009. *Sobre el Principio de Prohibición y las Condiciones de Verdad de las Proposiciones Normativas*, in BULYGIN E., ATIENZA M., BAYÓN J.C. (eds.), *Problemas Lógicos en la Teoria y Práctica del Derecho.* Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 27 ss.

BLAKEMORE D. 2002. *Relevance and Linguistic Meaning – the Semantics and Pragmatics of Discourse Markers,* Cambridge University Press, 2002.

BROŻEK B. 2012. *Legal Rules and Principles: a Theory Revisited,* in «i-lex. Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza Artificiale», 17, 2012, 205 ss.

BULYGIN E. 2005. *Creación y Aplicación del Derecho,* in ATRIA F., BULYGIN E., MORESO J.J., NAVARRO P., RODRIGUEZ J.L., RUIZ MANERO J. (eds.) *Lagunas en el Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005, 29 ss.

BULYGIN E. 2010. *Sobre la Equivalencia Pragmática entre Permiso y no Prohibición*, in «Doxa», 33, 2010, 283 ss.

BULYGIN E. 2013. *Kelsen on the Completeness and Consistency of Law,* in ID., *Essays in Legal Philosophy*, ed. by BERNAL C., HUERTA C., MAZZARESE T., MORESO J.J., NAVARRO P.E., PAULSON S., Oxford, Oxford University Press, 2013, 337 ss.

BULYGIN E., MENDONCA D. 2005. *Normas y Sistemas Normativos*, Marcial Pons, 2005.

CELANO B. 2012. *True Exceptions: Defeasibility and Particularism*, in FERRER BELTRÁN J., RATTI G.B. (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 268 ss.

CHIASSONI P. 2007. *Tecnica dell'Interpretazione Giuridica,* Bologna, il Mulino, 2007.

COHEN A. 2002. *Genericity,* in «Linguistische Berichte», 10, 2012, 59 ss.

DUARTE D'ALMEIDA L. 2009. *Normas Jurídicas Completas,* in DIAS A.S., RAPOSO J., ALVES J., DUARTE D'ALMEIDA L., MENDES P.S. (eds.), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, Coimbra, Almedina, 2009, 395 ss.

DUARTE D'ALMEIDA L. 2015. *Allowing for Exceptions – a Theory of Defences and Defeasibility in Law,* Oxford, Oxford University Press, 2015.

DUARTE D. 2011. *Linguistic Objectivity in Norm Sentences: Alternatives in Literal Meaning,* in «Ratio Juris», 24, 2011, 112-139.

DUARTE D. 2012. *A Experimental Essay on the Antecedent and its Formulation,* in «i-lex. Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza Artificiale», 16, 2012, 37 ss.

DUARTE D. 2015. *Analogy and Balancing: the Partial Reducibility Thesis and its Problems,* in «Revus. Journal for Constitutional Law and Philosophy of Law», 25, 2015, 1 ss.

DWORKIN R. 1978. *The Model of Rules*, in ID., *Taking Rights Seriously,* Cambdridge, Harvard University Press, 1978, 14 ss.

DWORKIN R. 1985. *Is There Really no Right Answer in Hard Cases?,* in ID., *A Matter of Principle,* Cambridge, Harvard University Press, 1985, 119 ss.

ENDICOTT T. 2000. *La Vaguedad en el Derecho*, Madrid: Editorial Dykinson, 2006, (ed. or. *Vagueness in Law,* Oxford, Oxford University Press, 2000, trad. cast. di J. Alberto Alcalá, J. Veja Gómez).

ELHAG A., BREUKER J., BROUWER B. 1999. *On the Formal Analysis of Normative Conflicts,* in VAN DEN HERIK H.J. et al. (eds.), *Legal Knowledge based Systems,* Jurix, The Twelfth Conference, Nijmegen, Gerard Noodt Instituut, 1999, 35 ss.

FERRER BELTRÁN J. 2000. *Las Normas de Competencia. Un Aspecto de la Dinámica Jurídica,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

FERRER BELTRÁN J., RATTI G.B. 2012. *Defeasibility and Legality: a Survey,* in FERRER BELTRÁN J. RATTI G.B. (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 11 ss.

GARCIA AMADO J. 2001. *Sobre el Argumento "A Contrario" en la aplicación del Derecho,* in «Doxa», 24, 2001, 5 ss.

GONZALEZ LAGIER D. 2013. *Las Paradojas de la Acción,* 2º ed., Madrid, Marcial Pons, 2013.

GUASTINI R. 1999. *Los Principios en el Derecho Positivo*, in ID., *Distinguiendo. Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho,* Barcelona, Guedisa, 1999, 142 ss.

GUASTINI R. 2007. *Normativism or the Normative Theory of Legal Science: Some Epistemological Problems,* in PAULSON S.I., PAULSON B.L. (eds.), *Normativity and Norms – Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press, 2007, 317 ss.

GUASTINI R. 2008. *Nuovi Studi sull' Interpretazione,* Roma, Aracne, 2008.

GUASTINI R. 2011. *La Sintassi del Diritto,* Torino, Giappichelli, 2011.

HAMPSHIRE S. 1978. *Public and Private Morality*, in HAMPSHIRE S., SCANLON T.J., WILLIAMS B.A.O., DWORKIN R. (eds.), *Public and Private Morality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1978, 23 ss.

MARÍN R. H. 2002. *Introducción a la Teoría de la Norma Jurídica*, 2nd ed., Madrid, Marcial Pons, 2002.

HART H.L.A. 1949. *The Ascription of Responsibility and Rights*, in «Proceedings of the Aristotelian Society», New Series, 49, 1949, 171 ss.

HART H.L.A. 1983. *Problems of the Philosophy of Law*, in ID., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1983.

HART H.L.A. 1994. *The Concept of Law*, 2ª ed., Oxford, 1994.

HOLTON R. 2009. *Willing, Wanting, Waiting*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

JENNINGS R., HARTLINE A. 2014. *Disjunction*, in Zalta E.N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter Edition). Disponibile in: plato.stanford.edu/entries/disjunction/#OrNatLang.

KELSEN H. 1979 *Théorie Générale des Normes*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996 (ed. or. *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, Manz Verlag, 1979, trad. fra. di, de O. Beaudi e F. Malkani).

KELSEN H. 1960. *Teoria Pura do Direito*, Coimbra: Almedina, 2008, 7ª ed. (ed. or. *Reine Rechtslehre,* Wien, Duticke, 2ª ed., 1960 , trad. port. di J. Baptista Machado, org. ind. di Luís Duarte d'Almeida).

KRIFKA M. 1987. *An Outline of Genericity* (collab. Claudia Gerstner) in *SNS-Bericht*, 87-25, Tübingen, University of Tübingen, 1987, 1 ss.

LARENZ, K. 1979. *Richtiges Recht: Grundzüge e. Rechtsethik,* München, Beck, 1979.

LINDAHL L., REIDHAV D. 2015. *Conflict of Legal Norms: Definitions and Varieties,* in ARASZKIEWICZ M., PLESZKA K. (eds.), *Logic in the Theory and Practice of Lawmaking*, New York, Springer, 2015, 49 ss.

LUZATTI C. 2012. *Principi e Principi. La Genericità nel Diritto*, Torino, Giappichelli, 2012.

MACCORMICK N. 1984. *Coherence in Legal Justification*, in PECZENIK A., LINDAHL L., VAN ROERMUND G.C. (eds.), *Theory of Legal Science*, Dordrecht, 1984, 235 ss.

MARANHÃO J. 2012. *Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo.* Madrid, Marcial Pons, 2012.

MARMOR A. 2007. *What Does the Law Say? Semantics and Pragmatics in Statutory Language*, in «Analisi e Diritto», Milano, Giappichelli, 127 ss.

MARTÍNEZ-ZORRILLA D. 2007. *Conflictos Constitucionales, Ponderación y Indeterminación Normativa,* Madrid, Marcial Pons, 2007.

MARTINEZ-ZORRILLA D. 2011. *The Structure of Conflicts of Fundamental Legal Rights*, in «Law and Philosophy», 30, 2000, 729 ss.

MONIZ LOPES P. 2017. *The Syntax of Principles: Genericity as a Logical Distinction between Rules and Principles,* in «Ratio Juris», 2017, forthcoming.

NAVARRO P.E., RODRÍGUEZ, J.L. 2014. *Deontic Logic and Legal Systems,* Cambridge, Cambridge Introductions to Philosophy of Law, 2014.

NINO C.N. 2003. *Introducción al Análisis del Derecho,* 2.ª ed. ampl. e rev., 12.ª reimpr., Buenos Aires, Astrea, 2003.

O'CONNOR T. 2000. *Persons and Causes: the Metaphysics of Free Will,* New York, Oxford University Press, 2000.

PECZENIK A. 1989. *On Law and Reason*, 2nd ed., New York, Springer, 2008.

PINO G. 2008. *Norme e Gerarchie Normative,* in «Analisi e Diritto», 2008, 263 ss.

PINO G. 2011a. *La Applicabilità delle Norme Giuridiche*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 11, 2011, 798 ss.

PINO G. 2011b. *I Principi tra Teoria della Norma e Teoria dell'Argomentazione Giuridica*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 11, 2011, 75 ss.

PINTO P.M. 1999. *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, in «Portugal-Brasil Ano 2000 – Tema Direito», Studia Iuridica, 40, BFDUC, 149 ss.

PINTORE A. 1982. *Norme e Principi. Una Critica a Dworkin,* in «Quaderni di Filosofia Analitica del Diritto», vol. 3, 1982.

RADBRUCH G. 1963. *Rechtsphilosophie,* 6th ed., Stuttgart, Koeler, 1963.

RATTI G.B. 2013. *El Gobierno de las Normas*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

RATTI G.B. 2014. *Consistencia, Completitud y Coherencia de los Sistemas Normativos*, in «Analisi e Diritto», 2014, 303 ss.

RAZ J. 1970. *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, 2º ed., reimpr., Oxford, Clarendon Press, 2003.

RAZ J. 1972. *Legal Principles and the Limits of Law*, in «Yale Law Journal», 81, 1972, 823 ss.

RAZ J. 1979. *Legal Reasons, Sources and Gaps,* in ID., *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979, 53 ss.

RAZ J. 1999. *Practical Reason and Norms,* 3º ed. Oxford, Oxford University Press, 1999.

RENTERIA DÍAZ A.D. 1997. *Silogismo jurídico, argumento "a contrario" y reglas constitutivas,* in «Doxa», 20, 1997, 317-330.

RICOEUR P. 1970. *O Discurso da Acção,* Biblioteca de Filosofia Contemporânea, 2013, (ed. or. *Le Discours de l'Action,* trad. port. A. Morão).

RODRIGUEZ J.L. 1995. *Contradicciones Normativas: Jaque a la Concepción Deductivista de los Sistemas Jurídicos*, in «Doxa», 17, 18, 1995, 357 ss.

RODRIGUEZ J.L. 1999. *Lagunas Axiológicas y Relevancia Normativa*, in «Doxa», 22, 1999, 349 ss.

RODRIGUEZ J.L. 2002. *Lógica de los Sistemas Jurídicos,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

RODRIGUEZ J.L. 2005. *La Imagen Actual de las Lagunas en el Derecho*, in ATRIA F., BULYGIN E., MORESO J.J., NAVARRO P., RODRIGUEZ J.L., RUIZ MANERO J. (eds.), *Lagunas en el Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005, 127 ss.

RODRIGUEZ J.L. 2005. *Against Defeasibility of Rules*, in FERRER BELTRÁN J., RATTI

G.B. (eds.), *The Logic of Legal Requirement. Essays on Defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 89 ss.

ROSS A. 1968. *Directives and Norms,* New York, The Humanities Press, 1968.

ROSS A. 1958. *On Law and Justice,* Reprint, New Jersey, the Law Book Exchange, 2004.

RUIZ MANERO J. 2005. *Algunas Concepciones del Derecho y sus Lagunas*, in ATRIA F., BULYGIN E., MORESO J.J., NAVARRO P., RODRIGUEZ J.L., RUIZ MANERO J. (eds.), *Lagunas en el Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005, 103 ss.

RUIZ MANERO J. 2015. *Sistema Jurídico: Lagunas y Antinomias,* in GONZÁLEZ LAGIER D. (ed.), *Conceptos Básicos del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2015, 47 ss.

SCHAUER F. 1991. *Playing by the Rules: a Philosophical Examination of Rule-based Decision-making in Law and in Life*, New York, Oxford University Press, 1991.

SCHAUER F. 2011. *On the Open Texture of Law.* Disponibile in: papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_ id=1926855.

SIECKMANN J.R. 2011. *Los Derechos Fundamentales como Principios*, in ID. (ed.), *La Teoría Principialista de los Derechos Fundamentales. Estudios sobre la Teoría de los Derechos Fundamentales de Robert Alexy*, Madrid, Marcial Pons, 2011, 27 ss.

SOETEMAN A. 1997. *On Legal Gaps* in GARZÓN VALDÉS E,KRAWIETZ W., VON WRIGHT G.H., ZIMMERLING R. (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory, Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, 323 ss.

VON WRIGHT G.H. 1963. *Norm and Action,* New York, The Humanities Press, 1963.

VON WRIGHT G.H. 1997. *Ought to be - Ought to do*, in GARZÓN VALDÉS E., KRAWIETZ W., VON WRIGHT G.H., ZIMMERLING R. (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, 427 ss.

WITTGENSTEIN L. 1953. *Philosophical Investigations*, 3° ed., Oxford, Basil Blackwell 1986.

L'IDEA DI DIRITTO IMPLICITO: UN IPOTETICO DIBATTITO TRA LON L. FULLER E ROBERT ALEXY

ANDREA **PORCIELLO**

&dq

L'idea di diritto implicito: un ipotetico dibattito tra Lon L. Fuller e Robert Alexy

The Idea of Implicit Law: a Hypothetical Debate between Lon L. Fuller and Robert Alexy

ANDREA PORCIELLO

Professore Associato di Filosofia del diritto presso il Dipartimento di scienze giuridiche, storiche, economiche e sociali dell'Università Magna Graecia di Catanzaro
Email: andreaporciello@hotmail.com

ABSTRACT
In questo articolo s'intende riflettere sull'idea di "diritto implicito" per come è stata interpretata da Lon L. Fuller e Robert Alexy. Per entrambi gli autori, il diritto deve essere definito facendo *necessariamente* riferimento ad elementi impliciti inerenti alla sua stessa natura. Ma se Fuller interpreta gli elementi morali impliciti del diritto come criteri "neutrali" e "procedurali", Alexy, invece, li interpreta come delle condizioni materiali di giustizia che impongono al diritto un determinato contenuto. Nelle pagine che seguono si vogliono manifestare le ragioni per cui se è abbastanza agevole accettare l'idea di diritto implicito proposta da Fuller, risulta certamente più difficile condividere la ben più ingombrante ed impegnativa interpretazione offerta da Alexy.

This article is meant to reflect on the idea of "implicit law" as it was interpreted by Lon L. Fuller and Robert Alexy. For both authors law should be defined through an essential reference to implicit elements inherent in its very nature. Whereas Fuller retrieves in the implicit moral elements of the law some "neutral" and "procedural" criteria, Alexy, differently, interprets them as material conditions of justice which impose on law a specific content. In the following pages I want to show the reasons for which it is quite easy to accept the idea of implicit law proposed by Fuller, but it is certainly more difficult to accept the much more lumbering and demanding interpretation offered by Alexy.

KEYWORDS
Diritto implicito, Moralità interna, Contraddizione performativa

Implicit Law, Inner Morality, Performative Contradiction

© 2017, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
Tutti i diritti sono riservati.

L'idea di diritto implicito: un ipotetico dibattito tra Lon L. Fuller e Robert Alexy

ANDREA PORCIELLO

1. *Introduzione* – 2. *Il diritto implicito "procedurale" di Fuller: la moralità interna della legislazione* – 3. *Il diritto implicito "sostanziale" di Alexy: la pretesa di correttezza* – 4. *Conclusioni.*

1. *Introduzione*

La tesi che Robert Alexy sostiene in uno dei suoi lavori più noti, *The Argument from Injustice*[1], nonché in molti altri articoli successivi[2] dedicati al medesimo tema, è quella che più lo avvicina alla prospettiva di Fuller, soprattutto a quella che l'autore americano ha espresso nel volume del 1968 *Anatomy of the Law*[3]. Con essa Alexy tenta di dimostrare, contro il positivismo giuridico, che diritto e morale intrattengono un tipo di connessione "concettuale e necessaria", o detto altrimenti che il diritto costituisce un concetto a due dimensioni, una fattuale o istituzionale ed un'altra ideale. Con le parole di Alexy:

> «il diritto possiede una doppia natura, è questa la tesi che intendo sostenere. La tesi della doppia natura dispone la pretesa per cui il diritto comprende necessariamente tanto una dimensione reale o fattuale, quanto una dimensione ideale o critica. Nella definizione del diritto la dimensione fattuale è rappresentata dagli elementi di derivazione autoritativa e di efficacia sociale, laddove la dimensione ideale trova espressione nell'elemento della correttezza morale»[4].

In quest'ottica, l'anti-positivismo proposto dai due autori, con tutte le differenze del caso, sembra avere la stessa origine e le medesime motivazioni: se il positivismo, in tutte le varianti in cui si è manifestato ed ancora oggi si manifesta, crede che il diritto

[1] ALEXY 2002.

[2] Tra questi lavori ricordiamo: ALEXY 1989, 167-183; ALEXY 1997, 103-113; ALEXY 2008, 281-299; ALEXY 2010, 167-182; ALEXY 2013, 97-110.

[3] FULLER 1968.

[4] ALEXY 2010, 167. «The law has a dual nature, and it is this thesis that I wish to explicate. The dual-nature thesis sets out the claim that law necessarily comprises both a real or factual dimension and an ideal or critical one. In the definition of law, the factual dimension is represented by the elements of authoritative issuance and social efficacy, whereas the ideal dimension finds its expression in the element of moral correctness». (Trad. mia).

sia tale per ragioni di carattere formale (*source thesis*), che lo stesso diritto pone e che (nel caso della variante inclusivista)[5] possono rinviare solo in senso contingente alla dimensione morale, tanto Fuller quanto Alexy si mostrano invece convinti del fatto che il Diritto, il "concetto di diritto", possa essere definito facendo *necessariamente* riferimento *anche, se non soprattutto*, ad elementi di natura morale:

> «nessun serio anti-positivista [afferma Alexy in proposito, e Fuller avrebbe di certo sottoscritto una simile idea] intende escludere dal concetto di diritto gli elementi di derivazione autoritativa o l'elemento dell'efficacia sociale. Piuttosto, ciò che distingue l'anti-positivista dal positivista giuridico attiene all'idea per cui il concetto di diritto debba essere definito in modo tale da includere, accanto a queste proprietà fattuali, anche degli elementi morali»[6].

Elementi morali che sono impliciti nell'idea di diritto e che non possono essere omessi o disattesi se si vuole costruire un sistema normativo che sia definibile come giuridico.

La differenza tra la prospettiva di Fuller e quella di Alexy, come a breve vedremo, si manifesta in modo chiaro nel momento in cui i due autori danno forma a tali impliciti elementi morali del diritto: se Fuller, riprendendo in parte tesi già espresse in molti lavori precedenti, reperisce negli elementi morali impliciti del diritto dei criteri "neutrali" e "procedurali" che disciplinano la produzione del diritto, una sorta di "arte della legislazione"; Alexy, invece, li interpreta come delle condizioni materiali di giustizia che impongono al diritto un determinato contenuto o che quantomeno escludono dall'ambito giuridico tutta una serie di contenuti possibili.

Se, dunque, Fuller, in ossequio al suo metodo "ibrido e mediano", anche in ambito metaetico assume chiaramente una posizione di mezzo tra oggettivismo e relativismo, Alexy appare sul punto molto più deciso nell'abbracciare schiettamente la causa cognitivista, pur se in una sua versione moderata. Questo passo tratto da *Means and Ends*, credo espliciti in modo chiaro il tentativo metodologico di Fuller in campo metaetico, in special modo nel momento in cui il giurista americano, parlando della sua stessa teoria, afferma che essa:

[5] Com'è noto, tra le varie proposte interne all'ambito teorico positivista, quella inclusivista è quella che ha esercitato la maggiore influenza sul dibattito contemporaneo. La sua tesi principale poggia sulla pretesa per cui il positivismo giuridico mantiene la sua coerenza interna, e quindi non rinuncia alla propria tradizionale identità, nel momento in cui include, accanto agli altri standards previsti dalla norma di riconoscimento, anche criteri di validità di derivazione morale. Si considerino a tale proposito i seguenti essenziali lavori: COLEMAN 1982; WALUCHOW 1994; MITROPHANOUS 1997, 621-641.

[6] ALEXY 2013, 97. «No serious non-positivist is thereby excluding from the concept of law either the element of authoritative issuance or the element of social efficacy. Rather, what distinguishes the non-positivist from the positivist is the view that the concept of law is to be defined such that, alongside these fact oriented-properties, moral elements are also included». (Trad. mia).

> «è piena di affermazioni che possono essere definite mediane. [...] Se la [mia] analisi spiazzerà coloro i quali sono alla ricerca di assoluti, allo stesso modo sarà poco persuasiva anche per coloro i quali si collocano al polo opposto del pensiero sociale, e [...] con tutta probabilità non eserciterà attrazione alcuna neanche nei confronti dei relativisti culturali che ritengono che tutti i giudizi di valore siano impressi negli individui dall'ambiente culturale. E non eserciterà maggiore attrazione neanche nei confronti degli scettici, i quali si mostrano convinti che ogni giudizio di valore che esprime una preferenza possiede una giustificazione di tipo emotivo e che dunque non è realmente un giudizio»[7].

Di certo Alexy non condividerebbe una posizione "di compromesso" di questo tipo, e quanto segue renderà chiaro il perché: entrambi gli autori credono che il diritto e la morale siano connessi in modo necessario, entrambi si mostrano convinti del fatto che il fondamento di tale connessione debba essere reperito all'interno di una dimensione "implicita" o "ideale" del diritto, eppure i due approdano chiaramente a conclusioni differenti.

Nel presente scritto si vogliono manifestare le ragioni per cui, se è abbastanza agevole accettare l'idea di diritto implicito proposta da Fuller, risulta certamente più difficile condividere la ben più ingombrante ed impegnativa interpretazione offerta da Alexy.

2. *Il diritto implicito "procedurale" di Fuller: la moralità interna della legislazione*

In *Anatomy of the Law*, il testo in cui Fuller espone in modo sistematico e compiuto l'idea di "dimensione implicita" del diritto, è racchiuso in particolare un esempio, che peraltro presenta qualche elemento di somiglianza con quello che Alexy utilizzerà nelle pagine di apertura di *The Argument from Injustice*, un esempio che appare particolarmente adatto al fine d'instaurare un ipotetico dialogo tra i due.

Fuller immagina che una nuova nazione, dopo lunghi dibattiti e discussioni, proceda all'emanazione di una Costituzione.

> «Tale Costituzione [precisa Fuller] viene redatta con grande cura e tutte le precauzioni del caso vengono prese al fine di stabilire in modo chiaro chi è che crea il diritto e quali sono le

[7] FULLER 1981, 62. (Corsivo mio).«[...] abounds in what may be called *affirmations of the middle range*. [...] If [my] analysis is such as to alienate those who demands absolutes, it is perhaps equally true that the book will have little persuasiveness for those who stand at the opposite pole of social thought. [My] analysis is not likely to appeal to the cultural relativist who considers that all value judgments are impressed on the individuals by his social environment. Nor will the appeal be any greater for the ethical skeptic who asserts that any judgment expressing a preference for one state of affairs over another must be emotionally grounded and hence not properly a judgment at all». (Trad. mia).

> regole che tale organo deve osservare se vuole produrre regole che siano capaci di vincolare i propri cittadini»[8].

Il documento costituzionale, nello specifico, attribuisce il potere legislativo ad un parlamento e dispone contestualmente anche le regole elettorali in base alle quali scegliere i membri che lo compongono. Tali regole, aggiunge Fuller, vengono osservate in modo scrupoloso ed il Parlamento eletto inaugura la propria attività legislativa con l'emanazione del suo primo atto ufficiale, che recita così: "tutte le leggi che il Parlamento emanerà da questo momento in poi dovranno essere tenute segrete ai cittadini".

Fuller nota che per quanto bizzarro ed ingiusto possa apparire dal punto di vista del diritto positivo, del diritto esplicito, «tale atto non viola in alcun modo il testo costituzionale»[9], per la semplice ragione che la Costituzione ipotizzata non dispone nulla riguardo alla pubblicazione delle leggi ed al relativo obbligo a carico del potere legislativo di rendere noto il contenuto dei documenti emanati. Il che non deve stupire, si affretta a sottolineare Fuller, visto che la Costituzione ipotetica «sotto questo profilo è simile a quella che vige negli Stati Uniti»[10], in cui appunto nulla si prevede in tema di pubblicità delle leggi.

Il punto che Fuller vuole sostenere è che, di là da ciò che una Costituzione esplicitamente prevede o non prevede (perché ovviamente nella maggior parte dei casi le Costituzioni contemporanee, come quella italiana ad esempio, prevedono meccanismi di pubblicità delle leggi), è implicito nell'idea stessa di diritto e di Costituzione il fatto che il contenuto delle leggi debba essere reso accessibile ai cittadini. E alla medesima conclusione si giunge se ipotizziamo altri tipi di aberrazioni giuridiche simili alla segretezza degli atti legislativi:

> «cosa dire [si chiede Fuller] di una legge completamente incomprensibile? Di una legge che contraddice sé stessa? Di una legge che richiede un dovere che va oltre le capacità umane? Oppure ancora, di una legge retroattiva che dichiara illegale un'azione che era pienamente lecita al tempo del suo compimento»[11].

Tutti questi casi appaiono "aberranti", "assurdi", "ingiusti", non tanto perché

[8] FULLER 1968, 60 s. «This constitution has been drafted with great care and every precaution has been taken to state clearly who can make law and by what rules the lawmaking authority must proceed if it is to make laws that will bind the citizen». (Trad. mia).

[9] FULLER 1968, 61. «There is in this act no violations of the language of the constitution». (Trad. mia).

[10] FULLER 1968, 61. «[it is] in this respect like the Constitution of the United States». (Trad. mia).

[11] FULLER 1968, 61. «What shall we say of the wholly unintelligible laws? The statute with an internal contradiction such that it appears to nullify itself? The law that purports to impose a duty to perform some act that lies beyond human capacities? The retrospective law declaring illegal an act that was perfectly lawful when performed?». (Trad. mia).

(necessariamente) lesivi di una qualche norma costituzionale espressa (che come abbiamo visto può anche non essere stata prevista), ma in quanto lesivi di una dimensione implicita del diritto che attiene alla sua *natura*, e non al fatto della sua *autorità*.

Fuller, con ogni evidenza, fa qui riferimento al suo concetto più noto, quello di *Inner Morality of Law*, presentato in quest'occasione come l'insieme delle regole implicite nel processo stesso della legislazione e che prescindono dal fatto della loro positivizzazione nel dettato costituzionale: «il processo legislativo è esso stesso soggetto a delle leggi implicite»[12].

Contro tale idea, qualcuno potrebbe ritenere che aberrazioni giuridiche come queste siano già precluse in partenza dall'utilizzo del senso comune e dalle ordinarie idee di decoro e di decenza di cui qualunque parlamento dispone, nella convinzione per cui non sia necessario essere esperti di questioni giuridiche per capire che l'emanazione delle leggi presupponga il rispetto di una serie di criteri impliciti, senza i quali l'attività legislativa, pur rispettosa del dettato costituzionale, viene di fatto minata nelle sue condizioni essenziali. Ma la storia, ammonisce Fuller, smentisce in modo inequivocabile tale ottimistica previsione: per cui, se il diritto e le sue regole vengono usate al fine d'indirizzare la condotta dei cittadini nel rispetto della loro dignità ed in modo conforme ai differenti ruoli istituzionali, allora, apparirà ad esempio del tutto evidente che le leggi debbano riguardare le condotte future, e non certo quelle passate, oppure che esse debbano essere chiare e richiedere soltanto ciò che è possibile attuare; ma se il fine fosse invece quello di assoggettare, di comandare al solo fine di comandare, di eliminare (anche solo politicamente o giuridicamente) gli oppositori dell'autorità, ecco allora che la dimensione implicita del diritto tenderebbe a svanire, anzi apparirebbe addirittura come un ostacolo da rimuovere, se si vogliono realizzare tali obiettivi nel nome del "diritto", se ancora lo si può definire tale:

> «se fossimo titolari del potere legislativo e volessimo sbarazzarci di un nemico che non ha violato nessuna delle leggi contenute nei codici [sottolinea Fuller], quale espediente sarebbe più adatto di quello consistente nell'emanazione di una legge che disponga la pena di morte per un crimine avvenuto la settimana prima?»[13].

E non è un caso che abusi di questo tenore divennero del tutto usuali durante il regime nazista e l'utilizzo delle leggi segrete o retroattive divenne per il diritto tedesco di quegli anni una prassi del tutto consolidata.

Il problema che Fuller dal punto di vista teorico pone attiene essenzialmente allo *status* da attribuire a leggi di questo tipo, ossia a leggi che sono certamente

[12] FULLER 1968, 61. «The lawmaking process is itself subject to implicit laws». (Trad. mia).

[13] FULLER 1968, 61. «If you possess the lawmaking power, and you wish to get rid of an enemy who has violated no law now in the books, what expedient is more apt to occur to you than to enact a *law* declaring what he did last week to be a capital offence?».(Trad. mia).

ingiuste sul piano morale, ma che di fatto non sembrano violare in alcun modo i criteri previsti dal *made law*, le regole esplicite che disciplinano la loro emanazione.

Com'è noto, soprattutto in occasione del dibattito con Fuller, Herbert Hart ha sostenuto che leggi di questo tenore, di là dalla loro palese immoralità, che nessun teorico in verità mette in discussione, fossero leggi in senso pieno, come quelle emesse negli stessi anni all'interno degli ordinamenti non dittatoriali[14]. Affermare questo, però, significa secondo Fuller presupporre necessariamente il fatto che non esista *niente* d'implicito nell'attività della legislazione: ossia che l'attività legislativa produce norme valide e giuridiche nel momento in cui si svolge nel rispetto delle regole che *esplicitamente* disciplinano la condotta degli organi che la attuano. Se una Costituzione, ad esempio, non disponesse in nessuno dei suoi articoli un divieto di segretezza o di retroattività delle leggi, le leggi segrete o retroattive emesse dal Parlamento di quel sistema giuridico, anche se immorali in ragione del loro contenuto, sarebbero però giuridiche, valide e legittime, in quanto non negherebbero, né contraddirebbero alcuna previsione giuridica pariordinata o sovraordinata. In base a quest'idea, «un intero codice legislativo emesso segretamente e custodito in una cassaforte sarebbe diritto, tanto quanto una raccolta di norme consegnata nelle mani di ogni singolo cittadino ed espressa nel modo più chiaro nella lingua delle persone cui è destinata»[15]. Leggi segrete e retroattive, in quest'ottica, possono essere considerate illegittime solo nel momento in cui contraddicono una norma costituzionale espressa, una norma che nell'idea di Fuller non fa altro che positivizzare ciò che era già implicito nella natura stessa del diritto:

> «laddove esista una norma costituzionale di questo tipo, si potrebbe credere che i giudici non avrebbero motivo di ricorrere ad alcuna comprensione implicita della natura del diritto, perché la Costituzione stessa è una forma di diritto esplicito – un'espressione di diritto positivo supremo pienamente capace di rispondere alle domande circa lo *status* giuridico degli atti legislativi»[16].

Da ciò l'idea tipicamente positivista per cui il diritto esplicito da solo può bastare, esso è l'alfa e l'omega del fenomeno giuridico: anche ammesso che il diritto possegga delle esigenze implicite che un uso ordinario della ragione può facilmente evidenziare, tali esigenze non esistono finché non vengono tradotte in "esigenze giuridiche" da una qualche norma di riconoscimento.

[14] Cfr. HART 1958.

[15] FULLER 1968, 62. «[...] a whole book of laws enacted secretly and locked in a vault would be 'just as much law' as a compilation of rules put in the hands of every citizens and express in the plainest vernacular of the people to whom it was applicable». (Trad. mia).

[16] FULLER 1968, 62. «Where such a constitution exists, it may seem there would be no occasion for the courts to resort to any implicit understanding about the nature of law, the constitution itself being a variety of made law – a kind of man-made "higher law" fully capable of answering the question whether a given legislative act is entitled to be called a law». (Trad. mia).

Non è ovviamente questo il parere di Fuller, per il quale, invece, la dimensione implicita del diritto costituisce un tratto irrinunciabile del concetto di diritto, che nessuna positivizzazione, neanche di rango costituzionale, può rendere superflua.

Ciò per almeno quattro distinte ragioni:

a) alla prima abbiamo già accennato nell'esempio dal quale abbiamo preso le mosse: «le più grottesche aberrazioni delle più ordinarie idee di ciò che il diritto dovrebbe essere sono proprio quelle che i costituenti con tutta probabilità non hanno neanche preso in considerazione»[17]. Esistono e sono esistiti casi in cui i costituenti non hanno ritenuto importante disciplinare in forma esplicita l'attività legislativa, e ciò ha avuto evidentemente un'importante conseguenza: se esistesse solo il diritto esplicito, se l'attività legislativa non racchiudesse nulla che fosse assimilabile ai criteri impliciti di cui parla Fuller, in tutte le aree in cui il diritto (costituzionale) esplicito resta "muto", dovrebbe vigere un permesso latente. Detto in altri termini, se nessun articolo costituzionale vietasse, ad esempio, la segretezza della legislazione, nell'ottica dei sostenitori del *made law* ciò comporterebbe che le leggi segrete, per quanto odiose possano essere dal punto di vista morale, sarebbero leggi al pari delle altre. La spiegazione per un'omissione così importante, Fuller la reperisce nel passo di Wittgenstein in cui il filosofo austriaco scrive «qualcuno mi dice: insegna un gioco ai bambini! Io insegno loro a giocare ai dadi, e l'altro dice: non intendevo un gioco di questo genere!»[18]. Wittgenstein sembra suggerire che nel linguaggio (e Fuller estende l'idea anche al linguaggio giuridico) esiste sempre un "sottotesto", una dimensione implicita che attiene contemporaneamente alla nostra logica e alla nostra cultura e che rende in molti casi superflua l'esigenza di esplicitare determinati argomenti. Per cui, così come a chiunque apparirebbe aberrante insegnare un gioco d'azzardo ad un bambino, sebbene nessuno abbia esplicitamente vietato di farlo, allo stesso modo dovrebbe apparire aberrante emettere leggi segrete, nonostante nessuna norma costituzionale vieti un comportamento simile. Dunque, la prima funzione del diritto implicito, così come immaginato da Fuller, è quella di indirizzare gli interpreti nel caso di lacune, anche di lacune costituzionali. Lacune che sono tali proprio perché il diritto non ha reso esplicito ciò che implicitamente e ragionevolmente esso già contiene.

b) In molti casi, però, forse nella maggior parte, le Costituzioni non restano "mute" in tema di legislazione (come invece fa la massima legge statunitense), ma indicano, a volte in modo alquanto preciso, i passi che l'organo legislativo deve compiere se vuole produrre norme che siano giuridiche e valide. Ebbene, in tale caso il

[17] FULLER 1968, 62. «The most grotesque aberrations from ordinary conceptions of what law means are precisely those which the constitutional draftsman is most likely to leave out of account». (Trad. mia).

[18] FULLER 1968, 62. L'esempio di Wittgenstein viene riportato da Fuller in questi termini: «Someone says to me: show the children a game! I teach them gaming with dice, and the other says: I didn't mean this sort of game». (Trad. mia).

diritto implicito diviene superfluo, o addirittura viene completamente meno? O detto altrimenti, può una norma costituzionale positivizzare in modo compiuto e totale ciò che prima era solo implicito all'interno del sistema giuridico? In proposito Fuller immagina un esempio particolarmente efficace: una legge regolarmente emessa da un parlamento dispone che i matrimoni sono validi solo se il soggetto che celebra la cerimonia compila il documento fornito dall'amministrazione e lo consegna all'ufficio competente entro cinque giorni dall'avvenuta cerimonia. Ma appena prima che la legge entri in vigore, un incendio distrugge completamente l'archivio di Stato, rendendo impraticabile per almeno sei mesi la registrazione dei matrimoni richiesta dalla legge. Ebbene, come regolarizzare lo *status* dei matrimoni che si sono celebrati in quei sei mesi, in chiara violazione della legge sulla registrazione? L'unica soluzione, sostiene Fuller, consiste in una legge retroattiva che regolarizzi *ex post*, per ragioni di evidente giustizia sostanziale, le situazioni pregresse. Ma se in quel sistema vigesse una norma costituzionale che esplicitamente avesse positivizzato l'esigenza implicita della irretroattività, la legge "riparatrice" dovrebbe essere considerata a sua volta invalida, e con essa tutti i matrimoni celebrati in quei sei mesi. Ecco le parole di Fuller: «l'esempio delle leggi retroattive mette in evidenza quanto difficile sia convertire le pretese implicite della decenza giuridica in delle espresse limitazioni costituzionali»[19]. Nell'idea di Fuller, la positivizzazione di un'esigenza implicita del diritto comporta, detto altrimenti, una cristallizzazione che in molti casi potrebbe risultare addirittura incompatibile con le più ovvie ragioni di giustizia e di correttezza. Laddove, invece, il "non detto" del diritto, le sue ragioni implicite, si prestano a bilanciamenti e sacrifici (parziali e totali) che appaiono a volte indispensabili per il mantenimento della legalità e per la realizzazione anche minima della giustizia: «alcuni allontanamenti dalle ordinarie pratiche legislative [commenta Fuller], quali quelli che si attuano con le leggi retroattive o quelle *ad personam*, possono in taluni casi realizzare i fini della legalità e della correttezza»[20]. All'esigenza di certezza del diritto esplicito del positivismo giuridico, Fuller contrappone le ragioni della flessibilità del diritto implicito in quanto strumenti di giustizia.

c) La terza ragione che a parere di Fuller rende centrale ed ineliminabile il riferimento al diritto implicito attiene poi all'impossibilità costituzionale di prevedere o di anticipare determinate situazioni di emergenza. Molte Costituzioni, ad esempio, nel tentativo di rendere esplicita l'implicita esigenza di pubblicità, prevedono il c.d. periodo di *vacatio legis*, ossia un breve lasso di tempo che appare potenzialmente congruo al fine di far conoscere il contenuto della

[19] FULLER 1968, 64. «The example of retrospective laws illustrates how difficult it is to convert the implicit demands of legal decency into explicit constitutional limitations». (Trad. mia).

[20] FULLER 1968, 65. «Certain departures from the usual practices of lawmaking, such as those involved in retrospective and special or one-man statutes [...] may in some cases actually serve the ends of legality and fairness». (Trad. mia).

legge ai destinatari prima che essa entri definitivamente in vigore. Ma anche quest'esigenza a volte è bene che lasci il passo a differenti ragioni legate all'eccezionalità del momento. Mettiamo il caso di uno stato d'emergenza nazionale che renda indispensabile la necessità di emettere norme che entrino immediatamente in vigore senza la "cautela" della *vacatio legis*. Proprio al fine di aggirare la lentezza della burocrazia legislativa, molte Costituzioni (compresa ad esempio la nostra), se da un lato obbligano il legislatore a pubblicizzare i propri atti, esplicitando evidentemente un'esigenza implicita nella legislazione, dall'altro garantiscono ai governi la possibilità di bypassare tutta una serie di limitazioni costituzionali in nome di un determinato valore supremo, di norma coincidente con la sicurezza nazionale.

Fuller guarda con sospetto sia alla prima limitazione costituzionale, sia alla seconda previsione che mira, in casi eccezionali, ad aggirare le limitazioni previste. A suo avviso, sarebbe molto più corretto e conforme alla natura stessa del diritto lasciare implicite le esigenze rese palesi dal senso comune, la moralità interna del diritto, affinché esse possano essere misurate e soppesate nelle situazioni concrete. Nella sua idea non si tratta di applicare o non applicare le leggi naturali della legislazione, si tratta di capire "quando" e "quanto" applicarle nel caso concreto. Per Fuller il diritto è sempre una questione di grado.

d) La quarta ragione è forse la più ovvia, ma anche la più importante: prima di poter applicare le parole di una Costituzione è sempre necessario interpretarle. L'idea di Fuller è che l'interpretazione dipende in modo necessario da quell'insieme di saperi impliciti senza i quali diviene di fatto impossibile attribuire un significato razionale e ragionevole ai testi giuridici. I giudici del celebre caso del «divieto d'ingresso ai veicoli nel parco» riescono ad escludere tutta una serie di soluzioni palesemente ingiuste, immorali e irragionevoli semplicemente perché attingono a fonti implicite derivanti «dai comportamenti e dalle pratiche della comunità e da alcune condivise idee sul migliore utilizzo del parco»[21].

Sulla base di tali argomenti Fuller giunge alle seguenti schematiche conclusioni: le procedure che disciplinano l'attività legislativa possono ovviamente fallire per tutta una serie di cause e «la cattiveria umana è solo una di queste»[22]; al fine di ricondurre la società intera ad una condizione in cui la legalità costituisce ancora un ideale realizzabile, la filosofia che crede nel fatto che l'unico vero diritto sia il diritto esplicito non è di nessun aiuto; le misure giuridiche sulla base delle quali realizzare tale ritorno alla legalità comportano necessariamente qualche allontanamento dai valori che in condizioni normali verrebbero considerati sacri ed inviolabili. Parafrasando Walter Bagehot, Fuller afferma a riguardo: «possiamo dire che i gradini

[21] FULLER 1968, 67. «[...] from the attitudes and practices of the community and some shared conception of the most beneficial use of park areas». (Trad. mia).

[22] FULLER 1968, 69. «Human perfidy is only one of these». (Trad. mia).

più bassi della scala che porta alla legalità sono particolarmente ripidi»[23].

Da ciò l'idea per cui il diritto implicito, inteso come l'insieme delle condizioni procedurali che rendono possibile il diritto, rappresenta una condizione vitale in qualunque sistema giuridico, una condizione destinata a rimanere necessariamente implicita. Per le ragioni addotte, l'idea d'incorporare nel *made law* il diritto implicito è per Fuller semplicemente impraticabile.

3. *Il diritto implicito "sostanziale" di Alexy: la pretesa di correttezza*

Il punto di partenza di Alexy, come già abbiamo avuto modo di sottolineare, è molto simile a quello di Fuller: il *made law*, quello che Alexy definisce "dimensione fattuale" del diritto, rappresenta una parte indispensabile del concetto di diritto, ma chiaramente non rappresenta "tutto" il diritto. Chi crede che il diritto esplicito, istituzionalizzato, esaurisca l'idea di diritto, tende necessariamente ad un concetto di diritto di matrice positiva:

> «nella definizione del diritto, la dimensione fattuale è rappresentata dagli elementi di derivazione autoritativa e dall'efficacia sociale, (...) che sono dei fatti sociali. Credere che i fatti sociali possano da soli determinare ciò che è richiesto o no dal diritto ci avvicina ad una concezione giuridica positivista»[24].

Nel momento in cui al quadro appena delineato si aggiunge un terzo elemento, quello della dimensione ideale del diritto, una dimensione che anche per Alexy è *implicita* nell'idea stessa di diritto, la situazione cambia drasticamente ed il positivismo giuridico deve lasciare spazio alla sua teoria antagonista, il non-positivismo. La presenza di tale dimensione *implicita ed ideale* del fenomeno giuridico giustifica e dimostra la connessione necessaria tra il diritto e la morale.

A prima vista la proposta che Alexy esprime sul punto appare del tutto compatibile con quella espressa da Fuller. Possiamo schematizzare i suoi passaggi salienti in questi termini: a) il diritto è un fenomeno bidimensionale che comprende una parte *fattuale* ed una *implicita*; b) l'esistenza della dimensione implicita mette in gioco il discorso morale; c) nel momento in cui si prende atto di tale dimensione, per ciò che concerne il livello teorico, il positivismo giuridico diviene insostenibile.

[23] FULLER 1968, 69. «We may say that the bottom steps of the ladder leading back to legality are very steep». (Trad. mia).

[24] ALEXY 2010, 167. «In the definition of law, the factual dimension is represented by the elements of authoritative issuance and social efficacy [...]. Authoritative issuance and social efficacy are social facts. If one claims that social facts alone can determine what is and is not required by law, that amounts to the endorsement of a positivistic concept of law». (Trad. mia).

Ma in realtà le differenze, pur all'interno di un'impalcatura teorica simile, sembrano prevalere sulle somiglianze. E per coglierle possiamo fare riferimento, anche nel caso di Alexy, ad un esempio che ricorre più e più volte all'interno dei suoi scritti.

Tanto nell'ipotesi proposta da Fuller, quanto in quella avanzata da Alexy, si fa riferimento ad un contrasto tra il diritto esplicito e quello implicito, ossia e nel linguaggio del filosofo tedesco, tra la dimensione fattuale e quella ideale. Se però Fuller prende in considerazione una "contraddizione" tra un'ipotetica legge del Parlamento ed una *norma sulla produzione* implicita nella natura stessa del diritto, che poi altro non è che uno dei criteri della *Inner Morality of Law*; Alexy, nel suo esempio, prende in considerazione un tipo di "contraddizione" differente, quella tra un'ipotetica norma costituzionale (esplicita) ed una pretesa di correttezza implicita nella natura del diritto, che costituisce la sua dimensione ideale.

Com'è evidente, il fine teorico dei due autori è essenzialmente il medesimo, ossia quello di dimostrare l'esistenza della dimensione implicita del diritto. Ciò su cui le prospettive si allontanano attiene alla definizione di tale "dimensione": come si è visto, Fuller la interpreta in una chiave essenzialmente procedurale, laddove Alexy, come metteremo a breve in evidenza, offre una lettura che è anche (ed a mio avviso troppo) sostanzialista.

Alexy ci propone di prendere in considerazione un'ipotetica Costituzione che nel suo articolo di apertura dispone quanto segue:

Questa è una repubblica sovrana, federale ed ingiusta.

L'articolo, sottolinea Alexy, appare del tutto assurdo, tanto agli occhi del giurista, quanto a quelli del senso comune, così come assurda appariva, nell'esempio di Fuller, la disposizione legislativa che sanciva la segretezza di tutte le leggi future. Il problema, che emerge in entrambe le situazioni ipotetiche, consiste nel capire il *perché* di tale palese assurdità.

Nel caso di Fuller la spiegazione era certamente più semplice, sebbene sconfinasse anch'essa nell'ambito di ciò che nel diritto non è manifesto, nella dimensione implicita appunto: la disposizione legislativa appariva assurda perché posta in contrasto con un principio costituzionale procedurale (che a volte può essere) non scritto, ma di cui è difficile disconoscere l'esistenza. La legislazione serve ad indirizzare le condotte degli individui e dunque costituisce un'attività finalizzata ad uno scopo, la cui piena realizzazione soggiace al rispetto di una serie di criteri procedurali impliciti di origine morale.

Nel caso di Alexy, com'è evidente, la situazione appare più complicata: la Costituzione è per definizione un atto apicale, al di sopra del quale, quantomeno restando in ambito nazionale, non esistono parametri ulteriori di validità, di legittimità e di moralità. Per cui, parlare di *assurdità* di un articolo costituzionale può apparire, in primo luogo ai sostenitori del *made law*, come un non senso: l'"assurdità" presuppone la contraddizione rispetto a qualcosa di sovraordinato e

la Costituzione è una fonte "super-primaria" che può essere contraddetta ma che di fatto non può contraddire, se non sé stessa.

Alexy, proprio al fine di risolvere tale complessa situazione ricorre ad un tipo di contraddizione del tutto speciale, la c.d. *contraddizione performativa*:

> «l'idea che sta alla base della contraddizione performativa consiste nello spiegare *l'assurdità* come derivante dalla contraddizione tra ciò che *implicitamente* la Costituzione pretende, ossia il fatto di essere giusta, e ciò che viene *esplicitamente* dichiarato, ossia il fatto di essere ingiusta. Ora, la giustizia è un caso speciale della correttezza, perché la giustizia altro non è che la correttezza nella distribuzione e nella compensazione. Il nostro esempio dimostra che il diritto e la pretesa di correttezza non sono solo, come sostenuto da Eugenio Bulygin[25][...], connesse da ragioni prudenziali, ma anche e soprattutto da ragioni concettuali»[26].

Il contrasto che Alexy immagina, e che rende la disposizione costituzionale palesemente *assurda*, è, dunque, quello tra ciò che il diritto (costituzionale) esplicitamente prescrive ed una pretesa morale di correttezza che qualunque sistema giuridico, se vuole essere realmente tale, deve avanzare. Nell'idea di Alexy il diritto, il "vero" diritto, pretende di essere corretto dal punto di vista morale, di essere giusto, e ciò rappresenta un suo tratto peculiare necessario ed irrinunciabile.

Ciò premesso, cosa avverrebbe se un atto normativo (anche costituzionale) regolarmente emesso violasse la dimensione ideale, o detto altrimenti se non vantasse alcuna pretesa di correttezza? La risposta di Alexy è: dipende! Dipende dal grado della violazione, ed in piena sintonia con Gustav Radbruch conclude che solo alcune violazioni, quelle estreme, hanno ricadute sul piano della validità e dell'esistenza del diritto.

> «L'unica forma di anti-positivismo che dà adeguata importanza ad entrambe le dimensioni, quella reale e quella ideale, è l'anti-positivismo inclusivo. L'anti-positivismo inclusivo [afferma Alexy] non sostiene né che le mancanze morali pregiudicano sempre la validità giuridica, né che non la pregiudicano mai. La sua più illustre espressione è costituita dalla formula di Radbruch, che può essere sinteticamente espressa in questi termini: l'estrema ingiustizia non è diritto. In base a questa formula, le mancanze morali pregiudicano la validità giuridica *se e solo se* viene superata la soglia dell'estrema ingiustizia. Tale soglia

[25] BULYGIN 1993, 19-24.

[26] ALEXY 2010, 169. (Corsivo mio). «The idea underlying the method of performative contradiction is to explain the absurdity as stemming from a contradiction between what is *implicitly* claimed in framing a constitution, namely, that it is just, and what is *explicitly* declared, namely, that it is unjust. Now, justice counts as a special case of correctness, for justice is nothing other than the correctness of distribution and compensation. Thus, our example shows that law and the claim to correctness are not only, as Eugenio Bulygin argues [...], connected by prudential reasons, but also – and this is much more – by reasons conceptual in nature». (Trad. mia).

viene superata nei casi di estreme violazioni dei diritti umani»[27].

La pretesa di correttezza, nell'idea di Alexy, assume quindi una connotazione che è innanzitutto sostanziale e che di fatto coincide con l'idea di Radbruch dell'"estrema ingiustizia". È nella natura (implicita) del diritto il fatto di essere giusto e nessuna norma esplicita, anche se di rango costituzionale, può violare tale *condizione oggettiva*.

Ora, se le ben più modeste pretese avanzate da Fuller, più modeste proprio per il fatto di fermarsi ad un livello prettamente procedurale, appaiono a grandi linee condivisibili, la più *ingombrante* proposta di Alexy appare assai più problematica, anche perché presuppone un tipo di cognitivismo metaetico che a sua volta richiede adeguate giustificazioni.

E l'aspetto più problematico attiene essenzialmente all'utilizzo che Alexy fa della formula di Radbruch[28], formula che sembra acquistare all'interno della sua teoria un triplice significato a seconda del sistema giuridico cui essa può essere riferita:

1) sistemi democratico-costituzionali
2) sistemi democratico-costituzionali parzialmente ingiusti
3) sistemi dispotici o comunque estremamente ingiusti

1) Con riferimento ai sistemi democratico-costituzionali, la formula di Radbruch, e più in generale l'argomento della pretesa di correttezza di Alexy, appare come una tesi descrittiva del modello di validità presente al loro interno, e ciò perché tali sistemi hanno fatto propria, incorporandola, la formula della pretesa di correttezza. Ciascuno di tali sistemi contiene una soglia oltre la quale il diritto perde la sua validità, soglia che si ottiene "unendo i punti" costituiti dai diritti umani che le Costituzioni dispongono. Non è un caso che Alexy, al fine di giustificare, o forse meglio al fine di verificare, l'esistenza della dimensione ideale, utilizzi, come si è pocanzi messo in evidenza, lo strumento della "contraddizione performativa", strumento che quando impiegato in ambito costituzionale appare anch'esso descrittivo, non della dimensione ideale del concetto di diritto ma, casomai, della funzione e della ragion d'essere di una Costituzione democratica: l'ipotetico articolo costituzionale che recita *Questa è una repubblica sovrana, federale*

[27] ALEXY 2013, 108. «The only form of non-positivism that gives adequate weight to both dimensions the real and the ideal, is inclusive non-positivism. Inclusive non-positivism claims neither that moral defects always undermine legal validity nor that they never do. Its most prominent expression is found in the Radbruch formula, which in its most compressed form runs as follows: Extreme injustice is not law. According to this formula, moral defects undermine legal validity *if and only if* the threshold of extreme injustice is transgressed. This threshold is transgressed in cases of extreme violations of human rights». (Trad. mia).

[28] Cfr. RADBRUCH 1946.

ed ingiusta effettivamente è contraddittorio, ma ciò che contraddice, a mio avviso, non ha niente di metafisico o di ideale, contraddice esclusivamente la ragion d'essere di una Costituzione democratica, la sua pretesa, appunto, di essere corretta dal punto di vista morale[29].

Non è questo il parere di Alexy, per il quale un articolo costituzionale così concepito sarebbe *nullo ab origine*, non raggiungerebbe neanche il concetto minimo di diritto, perché contenente una contraddizione tra ciò che il diritto (il concetto di diritto) esplicitamente esprime e ciò che invece tacitamente presuppone, ossia tra la sua dimensione istituzionale-fattuale e quella ideale.

Ciò, quando riferito ai sistemi costituzionali, è senz'altro corretto e condivisibile, ma semplicemente perché qualunque sistema di questo tipo pretende *realmente* di essere corretto moralmente, o detto altrimenti, perché aspira *realmente* ad una qualche forma di giustizia: se una Costituzione pretendesse espressamente di essere ingiusta starebbe contraddicendo sé stessa, la sua ragion d'essere, e non l'ipotetica dimensione ideale del concetto di diritto. Il punto è che il sistema giuridico costituzionale non è "Il Diritto", non rappresenta il concetto di diritto, è solo una sua eccellente manifestazione concreta. E tra il concetto e la sua concreta manifestazione, anche se la migliore concepibile, esiste ed è bene che esista sempre uno scarto, innanzitutto concettuale.

Mi si permetta una breve divagazione in ambito musicale. Nessun filosofo estetico ambisce a definire una volta per tutte il concetto di musica, ma ammettiamo che lo volesse fare e che affermasse, coerentemente con la prospettiva giuridica di Alexy, che la musica, per essere realmente tale, deve *necessariamente* vantare una *seria pretesa di correttezza estetica*, ossia che ad esempio deve presentare o comunque tendere ad una qualche forma di ideale equilibrio armonico. A partire da questo presupposto, il nostro filosofo potrebbe ritenere che la musica di Bach realizzi pienamente tale esigenza ideale e che, quindi, coincida con il concetto stesso di musica divenendo una sorta di paradigma attraverso cui giudicare, dal punto di vista estetico, tutte le differenti esperienze musicali. Ovviamente una conclusione di questo tipo lascerebbe molto a desiderare. Se questo fosse il concetto di musica, molte espressioni musicali del passato, del presente e del futuro non supererebbero un test così concepito: che dire ad esempio di Schönberg e delle sue dissonanze, o della musica classica indiana, che addirittura usa scale musicali differenti rispetto a quelle occidentali. Dovremmo forse dire che non si tratta di espressioni pienamente musicali?

[29] Questo è l'argomento critico mosso anche da Habermas: «[...]Why do you need any recourse to the Radbruch formula? Once you confine the dispute to legal systems within the frame of a democracy, then constitutional principles contain all the moral content you need, and even against my friend Ronnie Dworkin, I would maintain that the appeal to any other principle but those contained in the legal system as a whole would indeed be suspicious. So why are you asking for more than to have recourse, if necessary, to constitutional principles on the premise that we have a legal system where human rights are penetrating down to civil law and so on and so on?». HABERMAS 2005, 769-793.

2) Differente è la situazione che si profila nel momento in cui in un ordinamento democratico-costituzionale siano presenti ambiti normativi o singole disposizioni che superano la soglia di tollerabilità morale voluta da Radbruch e da Alexy. Prendiamo il caso della disposizione che negli Usa dispone la pena di morte per i reati d'omicidio[30]. In applicazione della prospettiva di Alexy, se riteniamo che tale disposizione contraddica in modo estremo la dimensione ideale del diritto, dovremmo concludere che ogni volta che gli Stati Uniti condannano a morte un imputato, i funzionari starebbero agendo al di fuori dell'ordinamento giuridico, e quindi al di fuori del concetto stesso di diritto. A ben vedere, in questo caso la tesi della pretesa di correttezza costituisce esclusivamente un giudizio morale (peraltro qui condiviso), uno strumento di pressione morale del tutto simile a quello invocato dagli abolizionisti quando affermano che il diritto ingiusto non è realmente diritto. *Ma di fatto*, la pena di morte verrà meno, o in altri termini smetterà di essere diritto, solo quando anche l'ultimo Stato americano si convincerà della sua estrema ingiustizia e convertirà tale giudizio morale in una norma giuridica espressa. Fino a quel momento, ci troviamo di fronte ad un esempio di diritto "estremamente ingiusto", ma che è pur sempre diritto.

La situazione sarebbe molto diversa, aggiungerebbe Fuller, se l'applicazione della pena di morte venisse effettuata sulla base della violazione dei princìpi procedurali che disciplinano l'azione legislativa, impliciti o espliciti che siano. In questo caso, e senza scomodare ingombranti giustificazioni morali, l'azione legislativa sarebbe immorale e anti-giuridica semplicemente perché viziata alla radice dalla violazione del patto di reciprocità che sta alla base dei rapporti sociali e istituzionali.

3) Più complesso è il caso in cui si tenti di applicare la formula di Radbruch al di fuori dell'ambito democratico: se a definirsi espressamente ingiusto fosse un regime dispotico, potremmo ancora parlare di contraddizione performativa? Credo proprio di no.

Perché la contraddizione performativa, nell'idea qui sostenuta, non attiene al rapporto tra essere e dover essere, tra diritto e buon diritto, ma al contrasto tra ciò che un qualcosa è e ciò che (soggettivamente) pretende di essere, ed un regime dispotico, nella maggior parte dei casi, mantiene precisamente ciò che promette, ossia l'ingiustizia. Facciamo un esempio, purtroppo non proprio di fantasia.

Supponiamo che un gruppo terroristico riesca a fondare uno Stato, ossia ad esercitare stabilmente una qualche forma di sovranità su una popolazione stanziata su un determinato territorio. Come mille volte la teoria del diritto ha già fatto con riferimento allo Stato nazional-socialista, ci si potrebbe chiedere se un sistema normativo di questo genere costituisca o meno un ordinamento giuridico,

[30] Sullo status giuridico della norma che dispone la pena di morte, ed in particolare sull'utilizzo in ambito penale delle prospettive di Radbruch e di Alexy, mi permetto di rinviare a PORCIELLO 2007.

posta la condizione, però, che esso non avanzerebbe *in senso assoluto* alcuna pretesa di correttezza morale. (Qualcuno potrebbe obiettare che anche i regimi dispotici o dittatoriali avanzano pretese di correttezza, quantomeno dal loro punto di vista. Onde evitare complicazioni di questo genere, qui col termine correttezza sto semplicemente e banalmente facendo riferimento al rispetto dei più ovvi diritti fondamentali riconosciuti a livello internazionale).

Alexy non avrebbe dubbi: un sistema normativo di questo genere non costituirebbe un ordinamento giuridico, perché si collocherebbe nella sua interezza al di là della soglia dell'estrema ingiustizia voluta da Radbruch. Detto in altro modo, il sistema normativo di un regime così concepito, nell'idea di Alexy, non starebbe semplicemente contraddicendo sé stesso ed i princìpi di cui si fa portatore, starebbe ledendo, bensì, la stessa idea di diritto, ciò che il diritto dovrebbe idealmente essere. E per tale ragione, questo sistema non costituirebbe un ordinamento giuridico, ma soltanto un esercizio arbitrario e illegale della forza.

Anche in questo caso, sul giudizio morale contenuto in tale affermazione siamo ovviamente tutti d'accordo: un sistema giuridico che non tiene in nessun conto le più ovvie esigenze morali, i diritti umani innanzitutto, e che quindi non avanza nessuna pretesa di correttezza, è certamente un sistema normativo estremamente ingiusto, e per questo non dovrebbe esistere, o detto meglio, sarebbe bene che non esistesse.

Ma di fatto esiste, è questo il problema!

Afferma Marmor in proposito:

> «nel momento in cui ammettiamo che al fine di disporre di qualcosa di simile alla formula di Radbruch abbiamo bisogno di un argomento normativo, facciamo affidamento su un argomento morale che ci dica qualcosa sul diritto. Non si tratta di una conclusione relativa alla natura del diritto. È semplice. Non è possibile produrre un argomento normativo sulla natura di una certa cosa senza approdare a conclusioni che sono anch'esse normative. Per cui, se si pone un argomento normativo, un argomento morale, anche la conclusione cui si approderà sarà morale. Sarebbe una buona cosa se tutti credessimo che il diritto ingiusto non è affatto diritto, tutti accetteremmo un'affermazione di questo tipo, il punto è che non è possibile giungere ad un argomento che ci dica qualcosa sulla natura del diritto partendo da un argomento morale: la conclusione sarà anch'essa morale»[31].

La posizione di Marmor è chiara: da una premessa normativa, da un giudizio morale, possono solo derivare conseguenze normative, ossia ulteriori giudizi

[31] MARMOR 2005, 778. «Once we admit that in order to get to something like the Radbruch formula, you need a normative argument, you rely on a moral argument to tell us something about the law. It is no longer the case that the conclusion is about the nature of law. As simple as that. I cannot make a normative argument about the nature of anything except normative conclusions, so if I make a normative argument, a moral argument, then the conclusion is a moral conclusion. It may well be a good thing if everybody thinks that unjust law is not law, fine, we can all agree with that, but you just cannot have a moral argument concluding with the nature of anything except again moral conclusion». (Trad. mia).

morali, che nulla però ci dicono su cosa il "diritto è". Detto altrimenti, quando usata in un contesto globalmente ingiusto, la formula di Radbruch esprimerebbe unicamente un giudizio morale, privo di ricadute sulla natura del diritto, sulla sua dimensione ontologica.

La lettura di Marmor convince solo in parte, o comunque non tiene conto di una possibilità, forse l'unica in cui la formula di Radbruch appare essere suscettibile di concreta applicazione giuridica. Se mai un tribunale internazionale, espressione dei "nostri" valori costituzionali, fosse chiamato a giudicare l'operato dell'ipotetico stato dispotico cui abbiamo fatto riferimento, esso certamente accerterà la responsabilità morale e giuridica dei soggetti coinvolti, attraverso un qualche strumento riconducibile alla formula di Radbruch e giungendo alla conclusione che quei criminali hanno agito in modo estremamente ingiusto, e quindi al di fuori della dimensione giuridica. In questo caso, la formula di Radbruch, lungi dal descrivere ciò che già un ordinamento prevede, come nel caso 1), costituirebbe un fondamentale strumento per accertare la responsabilità, non solo morale, ma anche giuridica dei soggetti che in nome di quello Stato hanno agito.

Il punto che qui si vuole rimarcare è che ciò non dimostra che il diritto posto in violazione della dimensione ideale non fosse diritto, dimostra casomai, lo ripetiamo ancora una volta, che quel diritto non soddisfa i *nostri* standard giuridici, ossia standard che fanno comunque parte di un dato paradigma, e che viene considerato *ex post* come non-diritto perché supera la soglia di tollerabilità morale positivizzata nei nostri sistemi. In un ipotetico tribunale internazionale come questo, così come d'altronde è avvenuto a Norimberga, non si applicherebbero, in quest'ottica, i princìpi del diritto naturale, e neanche quelli propri della dimensione ideale del concetto di diritto, molto più semplicemente si applicherebbero ai vinti i princìpi e gli standard morali e giuridici dei vincitori. Sotto questo aspetto, sono perfettamente d'accordo con Brian Bix nel momento in cui sostiene che «sarebbe molto più caritatevole interpretare la formula di Radbruch come una prescrizione rivolta ai giudici, piuttosto che come una pretesa descrittiva, concettuale e analitica sulla natura del diritto»[32].

Tutto ciò premesso, come si è tentato di mettere in evidenza, la tesi della pretesa di correttezza di Alexy, a seconda dell'ambito giuridico in cui viene applicata, può essere considerata alternativamente come una tesi descrittiva del diritto positivo, come un giudizio morale privo di ricadute in ambito giuridico o come un giudizio morale che ha ricadute sulla validità del diritto, ma solo *ex post*. Ma comunque la si voglia intendere, essa attiene ai princìpi propri del sistema giuridico costituzionale e non a quelli propri del concetto di diritto.

[32] BIX 2011, 57. «[...] it would thus be more charitable to read the Radbruch Formula as a prescription for judicial decision-making rather than as a descriptive, conceptual or analytical claim about the nature of law». (Trad. mia).

4. *Conclusioni*

Il fatto che Alexy definisca la propria teoria come una teoria sul concetto di diritto potrebbe trovare giustificazione nell'idea per cui il sistema giuridico costituzionale incarni appieno la dimensione ideale del diritto e che quindi la lunga storia dell'evoluzione dei sistemi giuridici si sia in realtà conclusa con il dopoguerra europeo: momento in cui "l'essere" del diritto, dopo un viaggio complesso e tortuoso, si sarebbe finalmente ricongiunto al suo "dover essere". Ma come abbiamo già detto, di là dagli innegabili pregi del sistema costituzionale, esso costituisce pur sempre un modello, una fase, un paradigma collocato nel tempo e nello spazio, ed in quanto tale perfettibile. Così come collocate nel tempo e nello spazio sono le teorie giuridiche e politiche che lo sostengono. La teoria di Alexy, che in tal senso non fa eccezione, è ragionevole e condivisibile, ma fino a quando la si consideri come una teoria "del e sul" sistema giuridico costituzionale. L'assolutizzazione che essa opera di tale sistema mi sembra ponga seri problemi di circolarità.

Non credo che Fuller incorra, invece, nel medesimo problema: con riferimento alla "questione nazista", ad esempio, per Fuller, prima che sostanziale, il problema che affligge il diritto espresso dalla dittatura di Hitler è di natura procedurale, e pone, in quanto tale, un problema di *fedeltà* alle esigenze implicite nel sistema giuridico. Ciò che mina la validità del diritto nazista, o del diritto ingiusto in genere, attiene al fatto che in un sistema siffatto non vengono innanzitutto rispettati i requisiti procedurali (morali) della legislazione, requisiti che attengono, questi sì, al concetto e alla natura del diritto. Quando in un sistema di governo non vi è nessun rispetto della moralità interna del diritto, ciò significa che quel tipo di organizzazione delle condotte non è un'organizzazione giuridica, è un'organizzazione *manageriale* in cui un comandante, un capo o un'*élite* impone i propri interessi ad una massa informe di destinatari, ed all'interno della quale le persone non possono dirsi realmente libere.

Sebbene simili per molti aspetti e sebbene riconducibili ad una comune dimensione culturale, le posizioni di Fuller e di Alexy divergono essenzialmente per il diverso grado di oggettivismo etico che esse presuppongono. Se Fuller pone alla base del concetto di diritto una dimensione procedurale, in assenza della quale il sistema normativo smette di essere "diritto" perché perde alcune delle sue qualità essenziali, quali la chiarezza, la congruenza, l'efficacia etc., che rendono possibile il tipo di organizzazione che abbiamo in mente quando parliamo di diritto; Alexy fonda il proprio concetto di diritto su una dimensione valoriale culturalmente connotata, che rischia di far scivolare il suo autore in posizioni di imperialismo morale. Accettare la teoria di Alexy comporta necessariamente l'esigenza di accettare l'oggettivismo morale su cui essa poggia, e del quale non mi sembra Alexy riesca a dare piena giustificazione.

Riferimenti bibliografici

ALEXY R. 1989. *On Necessary Relations Between Law and Morality*, in «Ratio Juris», 2, 2, 1989, 167 ss.

ALEXY R. 1997. *Giustizia come correttezza*, in «Ragion Pratica», 5, 1997, 103 ss.

ALEXY R. 1992. *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1992 (ed. it. *Concetto e validità del diritto*, Torino, Einaudi, 1997).

ALEXY R. 2008. *On the Concept and the Nature of Law*, in «Ratio Juris», 21, 3, 2008, 281 ss.

ALEXY R. 2010. *The Dual Nature of Law*, in «Ratio Juris», 23, 2, 2010, 167 ss.

ALEXY R. 2013. *Some Reflections on the Ideal Dimension of the Law*, in «American Journal of Jurisprudence», 58, 2, 2013, 97 ss.

BIX B.H. 2011. *Radbruch's Formula and Conceptual Analysis*, in «American Journal of Jurisprudence», 56, 2011, 45 ss.

BULYGIN E. 1993. *Alexy und das Richtigkeitsargument*, in A. AARNIO, S.L. PAULSON, O. WEINBERGER, G. HENRIK VON WRIGHT (eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz*, Berlino, Duncker & Humblot 1993, 19 ss.

COLEMAN J.L. 1982. *Negative and Positive Positivism*, in ID., *Markets, Morals and the Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.

FULLER L.L. 1968. *Anatomy of the Law*, New York, Frederick A. Praeger., 1968.

FULLER L.L. 1981. *Means and Ends*, in K. WINSTON (ed.), *The Principles of Social Order*, Durham, Duke University, 1981.

HABERMAS J. 2005. *Replica*, in «Anales de la Cátedra Francisco Suarez. Revista de filosofía jurídica y política», 39, 2005, 769-793.

HART H.L.A. 1958. *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in «Harvard Law Review», 71, 4, 1958, 593 ss. (ed. it. *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in A. SCHIAVELLO, V. VELLUZZI (eds.), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino, Giappichelli, 2005).

MARMOR A. 2005. *Replica*, in «Anales de la Cátedra Francisco Suarez. Revista de filosofía jurídica y política», 39, 2005, 769-793.

MITROPHANOUS E. 1997. *Soft Positivism*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 17, 1997, 621 ss.

PORCIELLO A. 2007. *Pena di morte*, in M. LA TORRE, M. LALATTA COSTERBOSA, A. SCERBO (eds.), *Questione di vita o di morte. Etica pratica, bioetica e filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2007.

RADBRUCH G. 1946. *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, Süddeutsche Juristenzeitung, 1946 (ed. it. *Ingiustizia legale e torto sovralegale*, in A.G. CONTE, P. DI LUCIA, L. FERRAJOLI, M. JORI (eds.), *Filosofia del diritto*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2002).

WALUCHOW W.J. 1994. *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1994.

“QUANT’È BELLA CORRETTEZZA, CHE SI FUGGE TUTTAVIA...” PARTE SECONDA. DINAMICA GIURIDICA

ALJS **VIGNUDELLI**

&dq

"Quant'è bella correttezza, che si fugge tuttavia..."
Parte seconda. Dinamica giuridica

"Quant'è bella correttezza, che si fugge tuttavia..."
Part two. Legal dynamics

ALJS VIGNUDELLI

Ordinario di Diritto Costituzionale,Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia
Email: aljs@vignudelli.it

ABSTRACT
Il saggio costituisce la seconda parte di uno studio sul tema della correttezza all'interno dell'analisi e della pratica giuridica ed è dedicato, in particolare, alla problematica della correttezza nella interpretazione e nella applicazione del diritto. La riflessione parte dal concetto di "diritto" (argomentatamente stipulata nella precedente parte del lavoro) come discorso costituito dagli enunciati legislativi e ricostruisce dapprima quali siano le regole *linguistiche* idonee a disciplinare quella specifica forma di comunicazione scritta in forma prescrittiva. Sulla base di questo risultato, si passa poi ad analizzare le norme giuridiche espressamente dedicate all'interpretazione e all'applicazione dallo stesso diritto positivo, mostrando come esse siano metodologicamente applicabili anche ai processi di significazione della stessa Carta costituzionale. Nella "appendice" finale si mostra come la definitività delle sentenze che deriva dal loro passare in giudicato non è idonea a produrre alcuna modificazione semantica degli enunciati interpretati e non impedisce in alcun modo la critica scientifica in termini di correttezza dei relativi percorsi logici.

The essay is the second part of a study about the correctness in the legal analysis and practice, with a particular focus on the problem of correctness in interpreting and applying the Law. The reflection starts with the concept of "Law" (as assumed and explained in the previous part of this study), intended as a set of legal statements and it identifies the *linguistic* rules which should have a prescriptive force in order to regulate this particular form of communication. From this point, the essay analyses the legal prescriptions which are expressly dedicated to interpretation and application of the Law, showing how these norms can be applied also to constitutional interpretation. In the conclusions, it is underlined that the force of *res judicata* of judgments can not produce any semantic variation of the statement which has been interpreted: in consequence of that, the scientific criticism of the logical reasoning used to lead to a judgment is always allowed.

KEYWORDS
Interpretazione giuridica, correttezza, regole linguistiche sull'interpretazione, norme giuridiche sull'interpretazione, giudicato

Legal interpretation, correctness, linguistic rules on interpretation, legal rules on interpretation, res iudicata

© 2017, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo
Tutti i diritti sono riservati.

"Quant'è bella correttezza, che si fugge tuttavia..." Parte seconda. Dinamica giuridica

ALJS VIGNUDELLI

1. *A mo' di premessa* – 1.1. Previously on *D&QP*... – 1.2. *Atto II* (*un* Portrait) – 2. *Correttezza e regole linguistiche* – 2.1. *Il diritto come forma di comunicazione linguistica tra emittente e fruitori* – 2.2. *La comunicazione scritta tra usi giuridici e usi artistico-letterari* – 2.3. *Comunicazione giuridica, giochi linguistici e linguaggio amministrato* – 2.4. *Assaggi di metodologia linguistica* – 2.5. *Interpretazione del diritto e correttezza linguistica (primo intermezzo)* – 3. *Correttezza e norme giuridiche* – 3.1. *Esistenza e funzione delle norme giuridiche sull'interpretazione* – 3.2. *Le norme giuridiche sull'interpretazione e sull'applicazione nell'ordinamento costituzionale italiano* – 3.2.1. *L'art. 12, primo comma, delle Preleggi: il "significato proprio delle parole secondo la connessione di esse"* – 3.2.2. (segue) *L'"intenzione del legislatore"* – 3.2.3. *Interpretazione del diritto e correttezza giuridica (secondo intermezzo)* – 3.2.4. *Preleggi e Costituzione* – 4. *L'interpretazione costituzionale e la sua correttezza* – 5. *Il tabernacolo del giusrealismo, ovvero: appendice su correttezza giuridica e giudicato*.

1. *A mo' di premessa*

Accingendoci a presentare la seconda parte di un lavoro che (a dispetto delle intenzioni: *per aspera sic itur ad astra*...) ha richiesto un po' più tempo del previsto, sia consentito rivolgere – a mo' di premessa – un piccolo gesto di cortesia tanto all'affezionato lettore, quanto alla prestigiosa sede editoriale ospitante. S'è infatti pensato di far cosa gradita ad ambedue anzitutto rinfrescando la memoria con un'essenziale "retrospettiva" su ciò che si è già scritto e che nel mentre potrebbe essere caduto nel proverbiale "dimenticatoio". E se del resto è vero che – come scriveva Lewis Carroll – «è una ben povera memoria quella che funziona solo all'indietro», ad entrambi si proporrà insieme, sùbito d'appresso, anche un breve "*trailer*" di quanto s'intende presentare.

All'uno e all'altro "atto" sono quindi dedicati i due prossimi paragrafi.

1.1. Previously on *D&QP*...

La prima parte di questo studio[1] prendeva le mosse (§ 1) dal diffusissimo "luogo comune" del pensiero giuridico, secondo cui le sentenze passate in giudicato sarebbero ormai da considerare, *sic et simpliciter*, un dato giuridico "positivo", col rilevante corollario che esse (sentenze definitive) – al pari di un testo legislativo o se del caso in sua sostituzione – sarebbero non solo "di fatto", ma anche "di diritto"

[1] VIGNUDELLI 2016a.

sottratte alla critica scientifica, a prescindere dalla loro eventuale (insostenibile?) correttezza.

In specifica opposizione a tale mito, si era allora iniziato ad argomentare criticamente la tesi per cui, viceversa, un rigoroso *Anspruch auf Richtigkeit* innerverebbe tutti gli stadi del ragionamento giuridico, a partire dalle rarefatte "altitudini" dove si colloca la scelta da parte del giurista del "proprio" concetto di diritto fino a giungere al concretissimo "*sea level*" dove avviene la quotidiana qualificazione giuridica delle singole condotte umane in termini di prescritte, permesse o vietate.

In questa chiave, si era sùbito concesso (§ 3) che molte delle "idee base" di qualsiasi approccio al fenomeno giuridico ed alla sua teorizzazione costituiscano spesso scivolosi *essentially contested concepts*, con la conseguenza che molte sono le possibili *concezioni* del concetto di "diritto" e altrettanti i modi di studiarlo. Al tempo stesso, tuttavia, si era sottolineato come la *relatività* insita in questo stato di cose non implichi né l'*incommensurabilità*, né l'*equivalenza* tra le singole concezioni.

Pur ammettendo che nessuna di esse possa dirsi più "vera" delle altre, giacché in ultima analisi ciascuna dipende da *stipulazioni* strutturalmente prive di valori aletici, si era altresì mostrato (§ 4) come questo non presupponga che le stipulazioni siano (= debbano essere) pure intrinsecamente *arbitrarie*. Soprattutto quando l'attività stipulativa verta su parole che, come nel caso di "diritto", abbiano un'importante storia concettuale pregressa, infatti, sarebbe proprio quest'ultima a consentire anzitutto di distinguere tra stipulazioni *ingannevoli* (*stipulazioni pure*: scorrette) e stipulazioni *leali* (*ridefinizioni*: corrette). Segnatamente in tale ottica, allora, si era potuto evidenziare come, allorché si voglia (correttamente) parlare di "diritto *positivo*", ci si dovrebbe necessariamente muovere all'interno del "perimetro semantico" legato alla tradizione filosofica giuspositivistica in cui l'espressione è nata, escludendo quindi (in quanto scorretta) ogni possibile ri-definizione in senso giusnaturalistico.

D'appresso, si era insistito sul fatto che, all'interno dell'insieme (omogeneo) delle stipulazioni leali (e *solo* all'interno di esso), è giocoforza prediligere quelle (più) *utili* per i fini del singolo studioso e della rispettiva disciplina e in questo senso si era mostrato come le necessità proprie dell'attività del giurista si palesino difficilmente compatibili sia con le definizioni del diritto tipiche della c.d. filosofia del diritto dei filosofi, sia con definizioni meramente "sociologiche" che risolvono il diritto semplicemente in (tutto) ciò che i giuristi fanno. Sono segnatamente le problematiche professionali affrontate nella sua quotidiana attività, risolvibili soltanto sulla base di criterî di giudizio consistenti in precetti, a far ragionevolmente e correttamente prediligere al giurista – nelle attuali condizioni di ordinamenti a diritto scritto – una concezione "positivista" e "normativista" del diritto, che consideri quest'ultimo, per lo meno in prima battuta, esclusivamente come il significato prescrittivo degli enunciati normativi inclusi nelle fonti del diritto (§ 5).

Su queste basi (relative al concetto di "diritto"), si erano poi affrontate criticamente le impostazioni che, in forza di specifiche concezioni della "scienza", impe-

direbbero di intendere quella giuridica come una disciplina autonoma operante sugli enunciati del legislatore, dei quali sarebbe chiamata a indagare il significato prescrittivo al fine di qualificare logicamente, alla luce delle norme così ricavate, il comportamento dei consociati. Tali impostazioni, tipiche di certa epistemologia post-empirista, partendo dall'assunto della (asserita) ineludibile presenza di giudizi soggettivi di valore pure nei percorsi di ricerca delle c.d. scienze esatte/sperimentali, a maggior ragione infatti ne sottolineerebbero l'inevitabilità in quelle sociali, che sarebbero invariabilmente connotate in senso "pragmatico" (§ 6).

A ciò si era argomentatamente obiettato, in primo luogo (§ 6.1), che la presunta contrapposizione tra una "conoscenza" naturalistico-scientifica e una "comprensione" che invece sarebbe propria solo delle c.d. *Kultur-* o *Geist-Wissenschaften* non sembrerebbe certo vantare una solidità indiscussa nei più avvertiti orientamenti epistemologici contemporanei. Viceversa, essa si baserebbe su matrici di stampo hegeliano dichiaratamente anti-razionaliste e difficilmente compatibili con la struttura e la logica della (odierna) ricerca scientifica, a meno di non abbracciare rispetto a quest'ultima atteggiamenti provocatoriamente anti-metodologici alla Feyerabend, a loro volta però scarsamente accreditabili quali descrizioni di come la scienza d'oggi effettivamente funzioni.

In seconda battuta (§ 6.2), si erano esaminate criticamente le posizioni "costruttiviste", secondo le quali i giudizi di valore impliciti in ogni modello scientifico avrebbero ormai decretato il fallimento del paradigma descrittivista e avalutativo di stampo weberiano per cui si potrebbe separare ciò che esiste dalle nostre rappresentazioni soggettive di ciò che esiste. Di esse si era evidenziato da un lato come l'assunto relativo alla presenza di giudizi di valore sottesi ai nostri modelli conoscitivi, mentre è facilmente sostenibile rispetto a giudizi di valore *metodologici*, risulti tutt'altro che ovvio e anzi altamente criticabile rispetto ai giudizi di valore *ideologici*; dall'altro lato si era mostrato come la presenza dei primi (giudizi di valore metodologici) quali premesse indimostrate e indimostrabili di qualsiasi modello descrittivo della realtà non implichi alcuna incompatibilità con il principio di *avalutatività* della ricerca inteso come *idea regolativa*.

Da ultimo (§ 6.3), si erano infine considerate le posizioni che pongono l'accento sulla "pragmatica" quale modalità (utile o addirittura necessaria) di conoscenza del diritto, inquadrando quest'ultimo come fenomeno linguistico. In questo senso, si era potuto facilmente mostrare come esse non soltanto non contrastino con l'idea di avalutatività della ricerca giuridica – declinata nel principio di descrivere il diritto per quello che è e non per quello che dovrebbe essere –, ma addirittura lo presuppongono.

1.2. *Atto II (un* Portrait)

Come già anticipato a suo tempo, nella seconda parte di questo studio la tematica della correttezza verrà declinata principalmente nelle fasi della *interpretazione* e della

applicazione del diritto. Si sosterrà la tesi che in *entrambe* queste fasi – di cui la prima costituisce la premessa logica della seconda – il paradigma della correttezza abbia qualcosa di importante (se non addirittura di decisivo) da offrire all'analisi e alla pratica giuridica tutta, non riguardando esse (fasi) soltanto l'interprete e l'applicatore istituzionale – ed in particolare il giudice, sul quale tradizionalmente si concentrano le riflessioni della dottrina – bensì ciascun consociato che s'interessi al contenuto delle norme giuridiche (a partire ovviamente da quei soggetti "*naturaliter*" interessati costituiti dai relativi destinatarî).

Coerentemente con quanto argomentato in precedenza, s'intenderà il diritto come fenomeno essenzialmente linguistico, quale forma di comunicazione (prescrittiva) tra un emittente (il legislatore) e i destinatarî dei suoi precetti (i consociati). Il diritto, più precisamente, sarà considerato come un particolare insieme di norme regolatrici del comportamento umano, comunicate tramite enunciati linguistici e che entrano in rapporto coi "fatti" del mondo qualificando (come prescritte, vietate o permesse) le condotte dei consociati. A partire da questo assunto, si analizzeranno per prima cosa le regole linguistiche che, in rapporto alle caratteristiche "oggettive" di questo linguaggio, parrebbero per un verso garantirne l'efficace funzionamento, e per altro verso consentire di distinguere le istanze corrette di uso del linguaggio stesso da quelle che, viceversa, corrette non sono.

In forza di tale premessa, che consentirà di potersi accostare agli enunciati normativi con una prima metodologia interpretativa, si prenderà in esame lo specifico contenuto di alcuni di essi (enunciati) all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, evidenziando come in questo caso, *in aggiunta* alle regole *linguistiche* (proprie della comunicazione in forma prescrittiva), sussistano anche delle regole *giuridiche* di significazione del testo normativo. Si argomenterà quindi che tali regole giuridiche costituiscano segnatamente un particolare (ulteriore ed eventuale) "codice" che l'emittente mette a disposizione per la corretta decifrazione del proprio messaggio.

Si porrà in evidenza come – in astratto – esse (regole) potrebbero divergere dalle regole ordinarie di (corretta) interpretazione dei messaggi prescrittivi, valide per le istanze "comuni" della comunicazione linguistica all'interno di una certa comunità di parlanti. Al tempo stesso, tuttavia, si mostrerà come – in concreto – non soltanto nessuna delle attuali norme sull'interpretazione (a partire dall'art. 12 delle Preleggi) introduca degli apprezzabili scostamenti rispetto alle regole linguistiche comuni della comunicazione prescrittiva, ma le prime finiscano sostanzialmente per ribadire e precisare le seconde.

Si argomenterà inoltre come tale approccio, nella successione logica sopra descritta, dovrebbe consentire il motivato rigetto di tutte quelle impostazioni secondo cui a qualsiasi disposizione, comprese quelle riguardanti l'interpretazione del diritto, ci si accosterebbe necessariamente condizionati dal *prius* costituito dalla "propria" teoria (o dottrina) dell'interpretazione, laddove le norme sarebbero un *posterius* privo di una

consistenza "oggettiva" e autonoma, in quanto appunto variabili dipendenti da opzioni di carattere teorico-dogmatico adottate dall'interprete.

Si analizzeranno quindi i contenuti specifici dei criterî del "significato proprio delle parole secondo la loro connessione" e della "intenzione del legislatore", evidenziandone il rapporto di successione logica e di reciproca specificazione.

Si mostrerà inoltre come essi (criterî) non soltanto non contrastino con alcun precetto costituzionale, ma all'opposto costituiscano la miglior garanzia di realizzazione dell'impianto costituzionale nel suo complesso.

Al tempo stesso, si porrà in evidenza come la stessa Carta costituzionale possa e debba correttamente interpretarsi sulla base di tali direttive *metodologiche* di stampo *linguistico*, anche nell'ipotesi – peraltro altamente discutibile – in cui esse non fossero valutate *giuridicamente* vincolanti per gli applicatori istituzionali, a partire dalla Corte costituzionale.

In questa chiave, si prenderanno in esame le ulteriori regole interpretative ed applicative che presiedono al giudizio di costituzionalità delle leggi, a partire dalla norma giuridica "cardine" costituita in questo àmbito dall'art. 28 della l. 87 del 1953. Si evidenzierà in tal senso come – secondo il modello previsto dalla stessa Costituzione e dalle sue leggi attuative – l'attività ablatoria della Corte costituzionale possa svolgersi soltanto nel caso in cui la norma di legge del sindacato contrasti con una norma costituzionale sufficientemente specifica, laddove alla Corte stessa risulta giuridicamente inibita ogni attività di integrazione o di attuazione del disposto costituzionale.

Si concluderà infine con una riflessione sul rapporto tra correttezza e giudicato, insistendo sul fatto che la definitività del dispositivo che accompagna le sentenze non (più) soggette a impugnazione risponde a una esigenza pratica di stabilità e di non conflittualità dei rapporti umani giuridicamente rilevanti, ma non implica alcuna conseguenza scientificamente apprezzabile in ordine alla correttezza o alla verità di quanto indicato in motivazione. Anche le sentenze passate in giudicato, pertanto, possono essere utilmente qualificate come *scorrette* e per tali criticate. Del resto, e fra l'altro, questa sembrerebbe costituire l'essenza stessa della dottrina giuridica nella sua (nobile) funzione di speculazione *critica*.

2. *Correttezza e regole linguistiche*

Come si è già detto, per poter sensatamente parlare di correttezza nell'analisi giuridica, il presupposto *logico* è quello dell'esistenza di *regole*, che qualifichino la condotta degli agenti secondo una logica tendenzialmente binaria (sì/no, ammesso/non ammesso, corretto/scorretto). Alla ricerca di tali regole saranno dunque dedicati i paragrafi seguenti, ordinati secondo una precisa progressione concettuale che andrà via via specificando tipologia e contenuto delle possibili regole a partire dalle risultanze dell'indagine sinora effettuata.

Segnatamente in questa chiave, per capire *se* e *quali* regole sussistano in rapporto alle varie operazioni giuridiche – a partire da quelle interpretative e applicative, che saranno al centro di queste pagine – parrebbe giocoforza partire interrogandosi sulle caratteristiche proprie del fenomeno studiato. Se infatti il paradosso, a suo tempo evidenziato da Reinhold Zippelius, secondo cui "circolarmente" ogni teoria dell'interpretazione giuridica si fonda su una teoria del diritto e viceversa[2] "in assoluto" non si può *risolvere*, l'*impasse* si riesce tuttavia a *dissolvere* "in relativo", laddove si sia convenzionalmente precisato l'oggetto effettivo della ricerca (una volta, cioè, definito il concetto di "diritto" *de quo agitur*).

In tal senso, si ricorderà che il diritto positivo è qui principalmente inteso come «l'insieme delle norme che costituiscono il diretto significato del discorso (= insieme degli enunciati) del legislatore»[3]. Esso (diritto positivo), dunque, parrebbe essere caratterizzato da due dimensioni essenziali, tra loro fortemente connesse: quella *linguistica* e quella *normativa*. In altre parole, il diritto sarebbe composto di norme, e tali norme sarebbero veicolate tramite specifici atti linguistici, coincidenti con l'insieme degli enunciati del legislatore.

Le dimensioni linguistica e normativa, pertanto, parrebbero anche quelle in cui primariamente ricercare le eventuali regole utili ai fini che qui ci occupano, vòlti alla ricostruzione di un paradigma di correttezza nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto.

Lo specifico rapporto sussistente tra le due "medaglie" di quest'ultimo – il diritto come *linguaggio* e il diritto come *norma* –, del resto, parrebbe dettare facilmente pure l'ordine logico di priorità nell'indagine. *In tanto* si potrà indagare il volto normativo (delle norme giuridiche positive) nelle sue specifiche fattezze, infatti, *in quanto* si sarà previamente ricostruito e compreso quello linguistico (della comunicazione che avviene per il tramite del discorso legislativo). Detto altrimenti: la (corretta) conoscenza delle eventuali regole *giuridiche* sull'interpretazione e sull'applicazione del diritto finisce per dipendere in modo significativo dalla presenza e dalla tipologia di regole *linguistiche* che eventualmente presiedano alla (corretta) significazione degli enunciati prescrittivi del legislatore, sicché segnatamente da queste ultime (regole linguistiche) conviene qui prendere le mosse.

2.1. *Il diritto come forma di comunicazione linguistica tra emittente e fruitori*

L'idea che negli ordinamenti contemporanei "a diritto scritto" quest'ultimo sia costituito in senso forte da particolari "stringhe di parole", contenute in specifici

[2] ZIPPELIUS 1976, 153.

[3] VIGNUDELLI 2016a, 33. Analoga stipulazione in VIGNUDELLI 2011, 7 ss.; ulteriori spunti argomentativi in VIGNUDELLI 2013a, 44 ss.; 2013b, 84 ss.; 2014b, 1030 ss.

documenti prodotti dal legislatore, non è certo nuova all'interno della letteratura sull'interpretazione giuridica[4].

Più rara, apparentemente, parrebbe viceversa esser stata la *consapevolezza* delle *implicazioni* – fors'anche banali, a loro modo, ma non per questo meno importanti – di tale assunto[5], a cominciare appunto dalla presenza *necessaria* e *strutturale* di regole linguistiche che consentano (se non altro di poter sperare in) una fruttuosa comunicazione, per lo meno se si concede che «per interpretare è necessario conoscere la lingua nella quale è espressa la formulazione normativa. Conoscere la lingua significa, di conseguenza, conoscerne le regole di funzionamento»[6].

Per dirla con Paolo Comanducci, infatti,

> «un documento è un oggetto, costituito di segni grafici, confezionato da un soggetto (emittente) per trasmettere informazioni, direttive, valutazioni, ecc., ad altri soggetti (fruitori). Il documento, per l'emittente, ha un certo contenuto di significato, trasmette certe informazioni, direttive, valutazioni, ecc.: è appunto per trasmetterle che l'emittente ha confezionato un documento di quel tipo. L'emittente, per avere una ragionevole probabilità che i fruitori ricevano proprio il messaggio che, con quel testo, vuole loro comunicare, deve confezionare il documento *seguendo varie regole linguistiche, socialmente diffuse* (e, in ambito giuridico, anche le regole proprie del linguaggio parzialmente tecnicizzato del diritto). I fruitori, facendo uso di solito delle medesime regole, interpretano il documento, e cioè riattribuiscono ad esso significato: senza interpretazione, in questa accezione, non è possibile per i fruitori fruire appunto del documento (non lo si può, ad esempio, applicare, eseguire, valutare, ecc.). *La principale garanzia che emittente e fruitori attribuiscano ad un documento lo stesso significato dipende dal fatto che entrambi impieghino le stesse regole linguistiche, e che tali regole siano sufficientemente determinate ed univoche*»[7].

[4] Cfr., ad esempio, ITALIA 2006, 9: «da molti secoli, l'interpretazione giuridica si è basata sulla considerazione che, poiché il diritto è composto da parole e da concetti espressi con parole, l'interpretazione doveva chiarire il significato di queste parole».

[5] Sul punto cfr. puntualmente SCARPELLI 1969, 96-97: «se c'è un'attività che richieda una consapevolezza linguistica, questa è l'attività dei giuristi: diceva bene Carnelutti (benché più per intuizione che per maturo impegno in tal senso) non potersi sapere cos'è il diritto senza sapere cos'è il discorso. A sapere cos'è il discorso, invece, i giuristi troppo spesso rinunciano: e considerano ed usano il linguaggio come uno strumento semplice ed onesto, intorno a cui non c'è troppo da discutere, perché quanto alle finalità ed al suo impiego non c'è troppo da discutere, perché quanto alle finalità ed al suo impiego non possono nascere gravi dubbi. Bastano alla bisogna, e ce n'è d'avanzo, le attitudini e disposizioni acquisite imparando e parlando il linguaggio comune, corrette dalle direttive esplicite ed implicite nella metodologia trasmessa, elaborata e rielaborata nella tradizione giuridica. Di fronte a tanta tranquilla sicurezza, le preoccupazioni per il linguaggio ed il suo funzionamento di alcuni giuristi fra i più avveduti (e, spesso, più giovani) rischiano sempre di passare per eleganze superflue e forse nocive; se poi qualcuno va a cercare le fondazioni della teoria del linguaggio e del significato negli studi di filosofia analitica, di semiotica e di semantica, viene guardato con sospetto, e si dice di lui che è filosofo o logico e non giurista, o, più alla buona, che è incomprensibile».

[6] Così VELLUZZI 2012, 28. In analogo ordine di idee v. anche SCHAUER 2008, 1120: «senza saper qualcosa di parole, frasi, grammatica e sintassi in termini di regole (o, ancor meglio, convenzioni) generali o acontestuali non potremmo mai sperare di comprenderci gli uni con gli altri» (traduzione mia).

[7] COMANDUCCI 1999, 3 (corsivi miei).

Tanto premesso, si tratta ora per un verso (1) di capire chi siano emittente e fruitori nella comunicazione giuridica e come si configurino le modalità del loro reciproco "contatto" e per altro verso (2) d'indagare più in profondità quali regole eventualmente emergano all'interno della comunità linguistica così creatasi.

Sul primo punto ho ripetutamente insistito in precedenza[8] e credo pertanto di poter procedere in modo sintetico.

Nella trama della comunicazione giuridica, il soggetto che linguisticamente opera come emittente è, con tutta evidenza, il (solo) legislatore. È questi, infatti, che con l'intento – prescrittivo o, secondo diversa terminologia, "direttivo"[9] – di dettare regole idonee a condizionare il comportamento delle più varie categorie di soggetti pubblici e privati (destinatarî linguistici), codifica progressivamente tali regole in testi scritti ufficiali, redatti non per caso in una lingua (per lo meno tendenzialmente, attesa la matrice "nazionale" del diritto) comune e nota ai destinatarî.

Quelli che prima abbiamo chiamato i *fruitori* del messaggio linguistico scritto del legislatore/emittente sono *strutturalmente* coloro ai quali le prescrizioni sono rivolte in modo diretto, vale a dire i già menzionati *destinatarî* dei singoli precetti giuridici, che potremmo definire fruitori *necessarî*. L'uditorio *potenziale* del discorso legislativo, tuttavia, è più vasto di quello costituito dai soli destinatarî, e si integra con quelli che potremmo definire fruitori *eventuali*, vale a dire tutti coloro i quali possono risultare professionalmente od occasionalmente *interessati* al contenuto di prescrizioni rivolte ad altri.

Professionalmente, allorché, ad esempio: *a*) siano chiamati a specificare o a integrare tale contenuto, come può capitare per il legislatore successivo rispetto al legislatore precedente, o anche all'organo normativo subordinato che, ad un livello più basso della gerarchia delle fonti, completa la "cornice" lasciata "aperta" dall'organo normativo sovraordinato (Parlamento che attua principî costituzionali; Governo che attua leggi parlamentari, *et cetera*); *b*) applichino tale contenuto per risolvere specifiche controversie giuridiche o lo portino a concreta esecuzione in via autoritativa, come avviene quotidianamente per giudici e funzionari; *c*) ne coadiuvino o ne sfruttino il funzionamento come fanno consulenti o avvocati; *d*) lo studino in sede teorica a fini ricostruttivi o in sede politico-pratica a fini propositivi, come fanno i giuristi a seconda che articolino le proprie analisi *de jure condito* o *de jure condendo*.

Occasionalmente allorché, viceversa, s'interroghino o maturino le più varie aspettative circa l'*altrui* condotta conforme al diritto, come può evidentemente capitare per qualsiasi privato cittadino che *incidenter tantum*, pur non essendone direttamente coinvolto, s'interessi a questioni giuridiche – potremmo dire, riprendendo una nota categoria consumeristica – «per scopi estranei rispetto all'attività imprenditoriale commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta».

[8] Cfr. in particolare VIGNUDELLI 2011, cap. 1; 2012, 541 ss.; 2014b, 1013 ss., spec. 1038 ss.

[9] In questo secondo senso cfr. ROSS 1968.

Quanto alle modalità del contatto tra i partecipanti alla comunicazione giuridica, l'istante di tempo linguisticamente cruciale, che fa assumere ai relativi soggetti il ruolo rispettivamente di emittenti e fruitori del messaggio legislativo, è quello dell'*enunciazione* di quest'ultimo (messaggio legislativo) da parte del suo autore. È proprio e solo col concreto atto linguistico (enunciazione) attraverso il quale il parlante o lo scrivente (enunciatore) si rivolge a uno o più destinatarî (enunciatarî), che – secondo la linguistica e la semiotica – il primo (parlante o scrivente) attribuisce significato alle parole della lingua, utilizzando gli elementi del linguaggio in vista d'uno scopo.

Nel caso del legislatore, evidentemente, tale enunciazione si perfeziona allorché i testi di legge, dopo l'approvazione (e l'eventuale promulgazione o altro analogo passaggio), siano *pubblicati* ed in tal maniera ufficialmente "esternati" e linguisticamente rivolti ai loro diretti destinatarî e alla collettività tutta, divenendo così il mezzo di diffusione dei precetti legislativi. È proprio e solo con la *pubblicazione*, infatti, che ai destinatarî del messaggio legislativo (e più in generale a tutti gli interessati) è reso astrattamente possibile prendere *conoscenza* delle relative "fonti di cognizione" (per intendersi, i documenti pubblicati nella *Gazzetta Ufficiale*), di solito entro un lasso di tempo più o meno ampio (*vacatio legis*) in cui le norme così esternate ancora non risultano giuridicamente efficaci[10].

Resta ora da capire se e quali siano le regole linguistiche operanti all'interno di tale comunità di parlanti, in cui l'emittente s'esprime per il tramite della lingua naturale (che reputa) comune (per lo meno) alla maggioranza dei suoi destinatarî, a loro volta pacificamente consci dell'intenzione (prescrittiva) dell'emittente d'orientare i comportamenti dei consociati[11].

Che almeno *alcune* regole linguistiche – volte a rendere possibile la comprensione del messaggio esternato (dall'emittente) tramite la sua fruttuosa significazione (da parte del destinatario) – sussistano, parrebbe il banale *presupposto* di ogni atto comunicativo. Né il caso della comunicazione giuridica, a meno di non volerla assurdamente presumere irretita in scenari kafkiani di reciproca e strutturale incomunicabilità[12], parrebbe fare eccezione[13].

[10] Cfr. sul punto PINO G. 2016, 39.

[11] Un'intenzione, d'altro canto, nel suo complesso confermata e per così dire "rinforzata" dalla presenza – anch'essa ben nota ai destinatarî – d'un vasto e variegato apparato "coercitivo" pronto a sanzionare le eventuali disobbedienze. Come giustamente osserva Alf Ross, del resto, «il diritto non è scritto allo scopo di insegnare verità teoretiche, ma per guidare le persone – giudice e privati – a comportarsi in un certo modo desiderato. Un Parlamento non è un ufficio di informazioni, ma un organo centrale per il controllo sociale» (ROSS 1958, 10).

[12] Per tale impostazione cfr. però MONATERI 1998, 189: «La giustizia si dà come un mondo oscuro. Essa parla un linguaggio straniero. Perciò il lavoro del giurista è essenzialmente un lavoro di interpretazione. La legge è come un viaggiatore sconosciuto che cerca di farsi comprendere in una notte di pioggia. Interpretare significa anzitutto tradurre. Cos'è l'interpretazione se non una sinonimia glossante? La giustizia non è evidente. Posti di fronte alla giustizia noi *non* la riconosciamo. Posti di fronte alla legge

Come è stato opportunamente ricordato a suo tempo da Augusto Pino – le cui puntuali riflessioni costituiranno spesso una sicura guida in queste pagine –, gli enunciati legislativi, quali atti linguistici «non sono, per le discipline interessate mere forme o vuoti contenitori, ma forme significanti, combinazioni tra significanti e significati, *che si formano secondo regole convenzionalmente stabilite*»[14].

Invero,

> «le regole metodologiche che consentono di risalire dalla comunicazione del testo alla significazione e impediscono che l'attività di pensiero [...] si trasformi in fantasia e libera immaginazione, *vanno elaborate in relazione alle caratteristiche ontologiche dei dati, oggetto della ricerca*. Il condizionamento, cui è soggetta la elaborazione delle regole metodologiche, sussiste qualunque opinione si abbia sulla finalità e sull'oggetto della ricerca giuridica, con eccezione naturalmente per coloro che, negando la esistenza o la significatività degli enunciati legislativi, ritengono di essere esonerati dal prenderne atto e dal procedere alla loro significazione. *Le caratteristiche ontologiche degli enunciati legislativi sono quelle comuni a tutti gli atti linguistici, che fungono da elementi di un fenomeno di comunicazione di massa, di un fenomeno cioè, con il quale si stabilisce un circuito di parole tra l'emittente e i destinatari*. Gli enunciati, come elementi della comunicazione, attuata mediante la procedura della "pubblicazione" prescritta dall'ordinamento, sono, per la linguistica, segni: segni di comunicazione e segni di significazione. La formazione di un messaggio infatti non può aver luogo con un qualunque strumento linguistico ma solo con gli strumenti che rientrano nel sistema di segni, costruito in base a precise regole combinatorie della comunità sociale cui appartengono l'emittente e il ricevente. Le operazioni, che vanno attuate dopo la percezione degli atti comunicativi e che costituiscono le tecniche per la significazione del testo legislativo comunicato, sono e non possono essere che quelle elaborate in linguistica [...]: operazioni che sono comuni a tutte le discipline che si domandano come è fatto e come funziona il testo trasmesso. Per queste discipline le operazioni costituiscono il complesso sistema designato con la denominazione di lettura, intesa come lettura-decifrazione, che vuole essere "scientifica" e univoca. Anche per le indagini del giurista la metodologia è costituita dalla "lettura", quanto meno nei limiti entro i quali la ricerca giuridica coincide con le discipline, che si domandano come è fatto e come funziona il testo studiato»[15].

noi *non* la capiamo. La giustizia e la legge sono dei segreti, degli indovinelli che bisogna risolvere. In questo senso, la vita del giurista è ancora la vita dell'oracolo, di chi guarda il volo degli uccelli e conosce i segreti del fegato».
Per una penetrante critica dedicata a simili impostazioni (e dove è espressamente contemplata quella di Monateri) cfr. GALLO 2005.

[13] V. puntualmente MORRISON 1989, 271 ss.

[14] PINO A. 1996, 246. Cfr. anche ivi, 247: «le convenzioni, che stabiliscono le regole di collegamento tra parola e significato, rientrano nella più ampia categoria delle generali convenzioni linguistiche, con le quali si attribuisce al dato empirico dei segni grafici la funzione di significare qualcosa di diverso da quello che potrebbe ricavarsi dall'aspetto fisico: la parola, la frase. Sono pertanto convenzioni particolari che dànno luogo a una precisa procedura».

[15] PINO A. 1996, 243 s.

2.2. *La comunicazione scritta tra usi giuridici e usi artistico-letterari*

L'idea secondo cui gli enunciati legislativi risulterebbero in fatale balìa delle vicissitudini del linguaggio comune e delle sue carenze ha da sempre rappresentato un autentico *topos* della letteratura, non soltanto giuridica.
L'esprimeva benissimo, ad esempio, Montaigne già nel XVI secolo:

> «Il nostro linguaggio, come ogni altra cosa, ha le sue debolezze e i suoi difetti. Le ragioni dei disordini che turbano il mondo sono perlopiù di natura grammaticale. I nostri processi nascono soltanto dalle controversie sull'interpretazione delle leggi; e la maggior parte delle guerre dall'incapacità di dare compiuta espressione alle convenzioni e ai trattati fra i principi. Quanti dissidi, e quanto importanti, hanno avuto origine, nel mondo, dal dubbio sul significato di una semplice sillaba, *Hoc*»[16].

Contrariamente al persistere di tali suggestioni fino a tempi recenti, tuttavia, è utile osservare che gli enunciati legislativi non costituiscono una semplice istanza del *linguaggio ordinario*, del quale assorbirebbero ogni caratteristica e/o difetto. Essi, viceversa, si configurano più esattamente come una particolare istanza della *lingua naturale*, (istanza) fortemente connotata dalla sua funzione prescrittiva e pertanto assai meno soggetta alla polisemia che talvolta contraddistingue il primo[17].

Questo dato è cruciale per distinguere il discorso giuridico dagli usi "letterari" del linguaggio[18], troppo spesso anche in terra italica impunemente accostati al primo

[16] DE MONTAIGNE 1595, cap. II, par. 12, 820.

[17] Cfr. esattamente PINTORE 1990, 308: «il diritto non può fare certamente a meno di una *lingua naturale*. Ma ci si può domandare se esso possa invece fare a meno del *linguaggio ordinario*, se possa rendersi autonomo e autosufficiente a tal punto. In altre parole, la circostanza che il diritto debba esprimere le sue prescrizioni tramite la *lingua naturale* comporta forse che, per questa via, esso sia ineliminabilmente aperto anche al *linguaggio ordinario*, ai significati ordinari e dunque alle concezioni che vi sono incorporate?» (corsivi miei).

[18] Su questo tema, cfr. PAPADOPULOS 1998, 211 ss.: «i giuristi americani non smettono di sorprendere gli europei. A tale proposito, uno dei settori più stimolanti è quello del movimento interdisciplinare, noto come *Law and Literature* oppure *Law and Humanities*. Si tratta di un fenomeno che ha fatto la sua comparsa nel mondo accademico nordamericano negli anni '70, ampliandosi successivamente fino a sfociare in un grande dibattito teorico e metodologico negli anni '80. Il motivo principale dello sviluppo di questo nuovo campo di ricerca sembra dovuto alla progressiva consapevolezza nell'ambiente universitario americano, profondamente coinvolto dal movimento dei *Civil Rights* degli anni '60, che a uno studio puramente formalistico del diritto non si prospettino vie d'uscita. La tecnicità sempre più evidente di interi settori del diritto e della vita sociale in generale ha messo in allarme taluni giuristi desiderosi di mantenere il diritto nell'ambito dell'*humaniora*. Non mancavano i precedenti già all'inizio del secolo, il famoso giudice Cardozo aveva dato alle stampe un saggio, che si ritrova molto spesso nelle citazioni, sugli aspetti letterari della decisione giudiziaria, mentre altri ponevano invece l'accento sulle tematiche giuridiche che s'incontrano nella letteratura. Anche i realisti americani, corrente teorica molto influente fino agli anni '40 avevano puntato su un'analogia tra il lavoro del giudice e la capacità di eseguire una melodia e su un paragone analogo tra il lavoro del critico d'arte e quello della dottrina giuridica».

sulla base d'una non molto meditata riproposizione di quelle «tesi del Dworkin, alle quali la nostra dottrina sembra riservare larga (e immeritata) fortuna»[19].

In effetti, soprattutto presso certi settori vicini all'ermeneutica giuridica[20], si è reiteratamente provato a rimarcare – in forza d'una (presunta) affinità "ontologica" delle relative modalità del comprendere – l'analogia tra le pratiche interpretative giuridiche e quelle *lato sensu* artistiche[21]. Tuttavia, dal punto di vista di una seria analisi linguistica, accettare la rappresentazione smaccatamente distorsiva sotto il profilo metodologico implicita in tali proposte parrebbe coincidere né più, né meno con quel che i francesi chiamerebbero *se faire rouler dans la farine*.

Infatti, mentre nel linguaggio ordinario le convenzioni linguistiche possono essere sia interne che esterne al testo[22],

> «nel discorso legislativo la funzione prescrittiva impone che le regole di collegamento siano sempre interne al testo o, comunque, in esso richiamate, a differenza di quanto avviene nei discorsi letterari. Solo per questi ultimi, infatti, le regole esterne sono imprescindibili, proprio per il valore polisemico delle parole, che contengono nella loro area semantica un inesauribile potenziale di senso, determinato di volta in volta dal contesto»[23].

La distanza fra il documento normativo e quello artistico-letterario è determinata dalle specifiche *regole di collegamento* interne al testo, che valgono a sottrarre il

[19] IRTI 2016, 65, dove opportunamente si prosegue osservando come «[i]l punto è che il Dworkin, preso dalla simiglianza con i giochi letterari [...] non si tiene entro il confine linguistico delle norme (o "regole") e immagina l'*esistenza* dei principi. Ma, come David Copperfield è tutto e solo nella prosa narrativa di Dickens, e fuori da essa è frutto di capricciosa o frivola immaginazione, così il diritto è tutto e solo nella prosa del legislatore, e fuori di esso è frutto di arbitraria o oscura volontà» (ivi, 66).

[20] Per riferimenti più ampi e puntuali su questa prospettiva sul diritto e sull'interpretazione cfr. VIGNUDELLI 2011, cap. 2, 263-480.

[21] Cfr. VIOLA, ZACCARIA 2004, 260: «vi è certamente un aspetto *rilevante*, che milita a favore del riconoscimento di un'analogia tra diritto e letteratura: la circostanza cioè che l'uno e l'altra configurano *pratiche sociali interpretative*. Se in nome dell'esigenza di reperire i comuni presupposti ontologici si supera l'*angustia di un approccio regionale* e meramente metodologico, non è difficile riconoscere che l'interpretazione giuridica e l'interpretazione artistico-letteraria si ritrovano ontologicamente collegate nel loro modo di essere, che è quello, per dirla con Dworkin, di un'*interpretazione costruttiva*. Al pari di quelle letterarie, le proposizioni giuridiche non sono *né puramente descrittive*, *né puramente valutative*, ma uniscono e fondono al loro interno sia elementi di descrizione, sia elementi di valutazione. Il presupposto di un senso globale che precede, sia nel caso dell'interpretazione giuridica che in quello dell'esperienza estetica, il singolo atto interpretativo, viene continuamente, nel discorso pratico, ricreato: in attuazione del principio del circolo ermeneutico, il significato di volta in volta attribuito domanda, infatti, di essere costantemente integrato nella totalità del contesto sistematico» (corsivi miei).

[22] PINO A. 1996, 247: «le regole, se interne al testo, trasformano il collegamento in una relazione semiologica, per la quale, nel linguaggio concretamente usato, la parola non può essere intesa con referenza o interpretante diversi da quelli che risultano assegnati ed emergono dalla globalità del testo. Se esterne, sono applicabili nei limiti entro i quali la funzione del discorso richieda o ammetta il riferimento diretto o indiretto a entità extratestuali».

[23] PINO A. 1996, 247 s.

linguaggio del diritto dalle ordinarie regole d'uso. Sono specificamente queste regole di collegamento che «dànno alla struttura del linguaggio usato nel discorso legislativo alcune caratteristiche che la specificano nell'interno della struttura del linguaggio usato nella comunità linguistica, o attribuendo ai vocaboli significati diversi dall'uso o creando nuovi vocaboli»[24].

L'eterogeneità delle regole di collegamento che contraddistinguono la struttura del testo normativo, differenziandola da quella del prodotto artistico-letterario, si riflettono poi puntualmente anche nel diverso grado di coinvolgimento *necessario* – e dunque sulla effettiva "libertà ermeneutica"[25] – del singolo fruitore alla "ri-costruzione" del significato del messaggio linguistico comunicato. Invero,

[24] PINO A. 1996, 249, dove si prosegue (ivi, 249 s.) osservando criticamente come «le espressioni vengono intese come se appartenessero alla struttura del linguaggio "comune" o di quello usato in altro discorso, anche se il significato risultasse incompatibile con la funzione prescrittiva. Ciò avviene, ad esempio, per parole delle quali si tende a conservare la valenza, prevalentemente emotiva e retorica, rivestita nel linguaggio "comune", quali correttezza, buona fede, buon costume [...] che, secondo la dottrina, indicherebbero concetti "elastici" o "clausole generali". [...] Trasferite nel linguaggio legislativo, le parole dànno luogo alla trasformazione del significato, per effetto della transcodificazione o mutamento del codice e, nel designarne il significato, il giurista deve considerare che quelle parole sono soggette a tutte le regole linguistiche della struttura specifica».

Sviluppando sempre quest'ordine di idee, si osserva poi (ivi, 252 s.) come «la struttura specificata e tendenzialmente chiusa del linguaggio usato emerge dalle regole che la separano nell'interno di una più ampia struttura, diversificandola per la attribuzione del significato», mentre «le regole di formazione del linguaggio comportano la riduzione del campo significativo, creando particolari zone semantiche, nelle quali i termini significanti possono andare da una polisemia quasi illimitata, come avviene nel linguaggio "comune" o in quello letterario [...], fino alla indicazione tendenzialmente tassativa, come avviene nel linguaggio (tecnicizzato). [...] Le regole di collegamento parola-significato concorrono alla riduzione del campo significativo, con la formazione di un lessico specifico, con il quale si tende a eliminare la ambiguità, la incertezza e la polisemia del linguaggio "comune" e riducono a unità gli enunciati costituitivi del discorso e fanno del linguaggio usato una sorta di lingua secondaria [...]. La lingua secondaria limita la libertà di decodificazione [...], orienta le scelte nella assegnazione dei significati, elimina o riduce il ricorso a segni appartenenti ad altre strutture linguistiche, ad altri testi e, più in generale, all'extra-testo, quale, ad esempio, il bagaglio di nozioni e di idee del singolo giurista».

[25] A onore del vero, sin troppo vagheggiata non soltanto per quanto concerne il testo legislativo, ma anche con riferimento allo stesso prodotto artistico. Cfr. sul punto CIARAMELLI 2003, 26 s-: «All'estremismo sofistico di posizioni del genere bisogna ricordare alcune verità banali ed elementari. Per quanto sia vero che la musica, grande o meno grande che sia, non vive sugli spartiti e non è nulla senza la sua esecuzione, per quanto sia innegabile che non esisteva "verità" in sé di questa o quella sinfonia di Beethoven, è altrettanto assodato che senza Beethoven e senza gli spartiti i più creativi e geniali musicisti non potrebbero eseguire e rendere qui e ora presente la Quinta o la Nona. *C'è una dipendenza ontologica dell'interprete rispetto al creatore*. E per quanto si voglia ridurre la genialità, l'arbitrio abissale e l'infondatezza dell'operare di quest'ultimo, sostenendo che egli a sua volta "interpreta" un senso preesistente, questa proiezione retrospettiva dell'ermeneutica sullo schermo fittizio dell'originario è possibile solo perché quel che chiamiamo il senso è venuto al mondo, e quindi è entrato nell'orizzonte dell'essere, grazie all'attività umana e alla sua intrinseca creatività. Nel caso del diritto, il ruolo dell'interprete è irriducibile a quello del legislatore, non solo perché l'esistenza del primo dipende ontologicamente da quella del secondo, ma soprattutto perché il primo può tutt'al più "creare" nei limiti stabiliti dall'ordinamento posto dal secondo. Insomma, quando l'interprete passa da un enunciato normativo a una proposizione interpretativa introduce sempre una regola nuova all'interno del sistema posto: ma questa regola non può essere inventata più o meno estemporaneamente di volta in volta dal singolo interprete, pena il disfacimento del sistema giuridico».

> «il rilievo dato al momento soggettivo e psicologico per la significanza delle opere d'arte e dei testi poetici non può essere dato per il senso dei testi legislativi, né per assegnare ai dati osservati un senso che, per l'ordinamento, sarebbe fantastico o arbitrario [...]. Ciò che vale per la comprensione dei primi non vale per la significazione dei secondi. Per i testi poetici la ragione dell'enunciato non è contraddetta dalla polisemia, ma al contrario presuppone la ambiguità semantica delle parole e delle frasi [...]. Per i testi legislativi vi è l'esigenza opposta, quell[a] di tendere verso la monosemia delle parole e delle frasi e la univocità semantica: la ragione dell'enunciato, di guidare il comportamento altrui richiede che sia assicurata la massima fedeltà al testo, ponendo il destinatario in grado di conoscere e comprendere quanto gli è stato prescritto. Alla funzione prescrittiva corrisponde nell'autore la esigenza di evitare ogni fraintendimento della comunicazione, mediante l'inserimento del codice linguistico e nel destinatario la esigenza di intendere esattamente tutto e solo il senso del messaggio trasmesso, mediante un processo di significazione rigoroso e non arbitrario»[26].

In conclusione, non soltanto parrebbero sussistere solide ragioni (= regole) linguistiche per tenere distinti i discorsi artistici e letterari da quelli giuridici, ma di tale distanza neppure varrebbe la pena di rammaricarsi troppo da parte dello studioso dei relativi fenomeni, se è vero – come osserva Giovanni Sartori – che

> «così come il grande poeta non è tale per la "forma logica" della sua sintassi, alla stessa stregua il grande scienziato non è tale perché eccelle nell'uso di una sintassi "non logica". Insomma, ciò che è bene per il primo non lo è per il secondo, e viceversa: la "verità" conseguita dalla poesia non avrà mai lo stesso significato della "verità" scoperta dalla scienza. Chi ricorre alla testimonianza letteraria per difendere una scienza imprecisa, non solo non capisce i processi di specializzazione del linguaggio, ma ne confonde anche i due casi più distanti di "usi speciali"»[27].

2.3. *Comunicazione giuridica, giochi linguistici e linguaggio amministrato*

Occorre a questo punto (argomentatamente) ribadire che *in nessun modo* l'esistenza *oggettiva* di tali regole *linguistiche* parrebbe messa in discussione dalla *soggettiva* indisponibilità a "collaborare" con gli intenti prescrittivi dell'emittente, che secondo alcune impostazioni di matrice "pragmatica" sarebbe propria (per lo meno) di alcuni partecipanti al grande "gioco del diritto"[28].

Per quanto, con riferimento alla "pragmatica giuridica"[29], sia complicato individuare un'unica idea di fondo condivisa da posizioni teoriche non sempre del tutto

[26] PINO A. 1996, 232 s.
[27] SARTORI 1984, 196.
[28] Sulla nozione di gioco interpretativo cfr. CHIASSONI 1991, 121 ss.
[29] Su questa nozione vedi ora JORI 2016, con posizioni che riassumono e sviluppano una complessa riflessione teorica precedente, i cui esiti sono ora analizzati e discussi criticamente da LUZZATI 2016b, 83 ss.

omogenee, un minimo comune denominatore parrebbe infatti un duplice convincimento circa le caratteristiche del linguaggio giuridico. Da un lato l'idea secondo cui il linguaggio del legislatore non riuscirebbe a funzionare "da solo" per via dell'interesse *strutturale* dei suoi fruitori a eludere i precetti giuridici anche per il tramite di interpretazioni variamente pretestuose o "spericolate" dei relativi enunciati. Dall'altro lato la credenza che, in relazione a quanto appena precisato, in àmbito giuridico le cose riuscirebbero a trovare una sistemazione soddisfacente proprio e solo perché «la lingua e i suoi discorsi vengono forgiati dalle decisioni anche semiotiche di determinate autorità, le quali autorità però devono tener conto del modo in cui la comunità allargata accoglie le loro soluzioni»[30].

Più in particolare, per dirla sempre con Mario Jori,

> «la chiave della pragmatica del discorso giuridico è che il diritto è un gioco in cui è possibile e conveniente barare. Tanto è vero che ci sono i legislatori e i giudici, tanto è vero che ci muniamo di un avvocato, il cui compito è di far prevalere comunque i nostri interessi: se questi riesce a convincere le autorità che la lettura del linguaggio legislativo a noi favorevole è quella giusta, il nostro scopo è raggiunto»[31].

In altri termini, e per quel che più interessa in questa sede, giacché «a livello pragmatico il discorso giuridico è intrinsecamente conflittuale, gli interessi in conflitto tipicamente prevalgono sull'interesse alla comunicazione»[32], questo genererebbe con riferimento alle relative istanze l'inapplicabilità (o addirittura l'inesistenza) delle regole semantiche e sintattiche che altrimenti presiederebbero alla comunicazione in forma prescrittiva[33]. La comunicazione tra emittente e fruitori sarebbe viceversa garantita dal differente insieme di regole (o regolarità?) che presiedono il linguaggio parzialmente "tecnicizzato" del diritto[34],

[30] JORI 2016, 67.

[31] Così JORI 1995a, 338. L'assunto è recentemente ribadito (quasi alla lettera) anche in JORI 2016, 62 s.

[32] Così JORI 2016, 56.

[33] Questo aspetto parrebbe costituire la principale innovazione della c.d. *macro*-pragmatica, che appunto si occupa di quei «fattori che influenzano in modo generale tutto un linguaggio, contribuendo a determinare anche la sua struttura semantica e sintattica. Proprio perché svolge e deve svolgere certe funzioni, quel linguaggio avrà una certa semantica e sintassi» (JORI 2016, 50).

[34] Sul punto cfr. già SCARPELLI 1969, 103: «il linguaggio giuridico, adoperato nelle leggi e negli altri testi normativi, e nelle scienze giuridiche, è in tutti i paesi di avanzata civiltà il frutto di una secolare opera di ricostruzioni parziali incidente principalmente sulla dimensione semantica dei linguaggi stessi: attraverso queste ricostruzioni il linguaggio giuridico è diventato un linguaggio tecnico, nel senso, soprattutto, di un vocabolario tecnico introdotto nella struttura di un linguaggio naturale». La tesi è stata poi ripresa e ulteriormente sviluppata da JORI 2016, 66, secondo il quale si dovrebbero evitare gli «errori opposti di chi cerca di ridurre tutto il linguaggio giuridico al linguaggio dei giuristi e dei tecnici, si tratti della giurisprudenza giudiziaria, della dottrina o del legislatore, e di chi cerca invece di riportarlo interamente alla lingua naturale e al senso comune».

pragmaticamente strutturato (se non addirittura necessariamente concepito)[35] per essere via via manipolato dai suoi fruitori e dunque teleologicamente destinato a divenire "linguaggio amministrato"[36]: «il diritto moderno e il suo linguaggio sono fatti per essere amministrati, cioè determinati dalla complessa interazione delle autorità giuridiche e della gente comune»[37].

Ebbene, se questa ricostruzione essenziale è esatta, onestamente di tali tesi – a dispetto dell'indubbia autorevolezza dei suoi sostenitori – continuo a non comprendere fino in fondo (e per certo non riesco a condividere) né la premessa (per così dire "fattuale"), né le conseguenze (in termini d'inquadramento "teorico") che ne vengono fatte discendere per l'analisi del linguaggio legislativo e della relativa istanza di correttezza.

Quanto alla *premessa*, è ben vero e del resto perfettamente noto che, *di fatto*, vi siano molti motivi d'interesse *pratico* per "fingere di non comprendere" l'esatto contenuto d'un messaggio prescrittivo del legislatore (soprattutto se e quando si reputi di avere buone *chances* di non patirne sgradevoli ripercussioni). Questo però non parrebbe certo un motivo sufficiente per ipervalorizzare "epidemicamente" pure in àmbito linguistico il modello del famigerato *bad man*, cioè a dire di colui che programmaticamente *respinge*, *nega* o cerca di *eludere* il diritto. Un "prototipo umano" che curiosamente oggi, mentre sarebbe (e giustamente) «perseguito dai giudici, viene blandito dai teorici del diritto che l'hanno assunto come guida per esplorare la natura del giuridico»[38].

Anzitutto, dal punto di vista statistico, la *consistenza numerica* o addirittura la *prevalenza* di soggetti che di fatto provino a distorcere il messaggio legislativo mi sembra ampiamente sopravvalutata dalle posizioni teoriche in questione[39], non a caso tutte protese all'analisi dei casi *giudiziari* e *difficili* e quasi mai interessate ai fenomeni di spontanea osservanza del diritto. In questo senso, infatti, mi sento di condividere appieno l'opinione di Giuseppe Ugo Rescigno, secondo cui

> «contro il pregiudizio dominante, [...] sono molto più frequenti i casi di immediata comprensione da parte di tutti gli operatori giuridici dei casi nei quali viene constatata una totale o parziale incomprensione. La ragione del pregiudizio sta nel fatto che i casi facili e quotidiani,

[35] Cfr. LUZZATI 1999, 570 s.: «il Parlamento comincia un'opera che verrà conclusa altrove, dato che la norma estesa si forma progressivamente. Chi redige le leggi sa, o dovrebbe sapere, quanto poco demiurgica sia la sua creazione; sa, o dovrebbe sapere, che i significati originari col tempo subiscono un'erosione e che le norme legislative sono norme in fieri. Del resto è inutile illudersi: anche la legge più rigorosa e tassativa può essere resa maggiormente indeterminata dagli interpreti. [...] la codifica e la decodifica di un messaggio non sono mai due percorsi speculari, se non altro perché i presupposti e gli scopi degli emittenti e quelli dei destinatarî quasi mai coincidono perfettamente».

[36] Cfr. JORI 1995b, 109 ss.

[37] Cfr. JORI 2016, 65.

[38] COTTA 2014, 116.

[39] Già lo segnalavo in VIGNUDELLI 2013a, 59 ss.

nei quali i destinatarî usano tranquillamente il diritto senza dar luogo a controversie, per questa ragione non vengono mai studiati; lo studio al contrario si concentra su casi controversi»[40].

Inoltre, a meno di non *dimostrare* – e non semplicemente *presumere*: *id quod plerumque accididit* – che il comportamento scarsamente collaborativo di alcuni "utenti holmesiani" sia tale da mutare (e fors'anche stravolgere) la stessa macro-funzione del linguaggio legislativo[41], l'esistenza di regole linguistiche "oggettive" e indisponibili ai fruitori del messaggio legislativo non parrebbe per nulla *smentita*, ma semmai indirettamente *confermata* dall'eventualità di una loro inosservanza o dal tentativo della loro "elusione" da parte di soggetti in dichiarata "mala fede"[42].

Quanto poi alla *conseguenza* teorica che viene tratta dalla (qui criticata) premessa, vale a dire della necessaria "amministrazione" del linguaggio da parte di autorità (nella loro interazione col pubblico), mi limiterò qui a evidenziarne tre elementi di debolezza.

Per un verso (A) essa mi pare ancora troppo vaga per poter essere seriamente verificata/falsificata. Dalla sua enunciazione, infatti, non si capisce quali siano esattamente le regole (o regolarità?) semantiche e sintattiche che emergerebbero dalla macro-pragmatica del linguaggio legislativo, salvo la loro generica idoneità a "derogare" (in qualche modo) a quelle che reggono le altre istanze di comunicazione in forma prescrittiva proprie dei linguaggi strumentali o delle lingue naturali. In mancanza di maggiori delucidazioni sul punto, tutto rischia di scivolare nell'indistinto "spontaneismo" delle c.d. pratiche sociali[43], dove l'unica regola sarebbe quella della "licenza di risemantizzare" (*On Her Majesty's Secret Service*?) in capo alle autorità, salvo un'improbabile e non meglio qualificata "reazione" da parte della gente comune (*Live and Let Die*?).

[40] RESCIGNO 2011, 41.

[41] Sottolinea questo aspetto JORI 1972, 74 s., quando osserva come sia «necessario chiarire [...] la differenza tra funzione astratta del discorso e interesse personale dei suoi fruitori. Di fronte alla funzione tipica del discorso si possono immaginare diversi interessi dei suoi fruitori, tutti compatibili con la funzione non previsionale di questo tipo di scienza. Per esempio l'interesse ad avere descritte determinate prescrizioni e qualificate certe situazioni perché il fruitore desidera accettare le prescrizioni stesse e comportarsi di conseguenza; ma possiamo anche immaginare un interesse di tipo più intellettuale; o l'interesse economico dello scienziato professionale nel compiere il suo lavoro. La varietà degli interessi possibili, come avviene nel mondo delle scienze naturali, non tocca la scientificità del discorso, la cui struttura dipende esclusivamente dalla sua astratta funzione».

[42] Cfr. sul punto criticamente LUZZATI 2000, 71: «Che vi siano influenze ideologiche, distorsioni, manipolazioni e finzioni è tanto innegabile quanto *irrilevante*. Sostenere il contrario sarebbe come dire che l'esistenza di una regola, o anche di una qualche regolarità, implichi l'impossibilità di una deviazione. Anzi, ove l'interpretazione fosse necessariamente – e non solo contingentemente – una mera invenzione, verrebbe meno la stessa possibilità che si verifichino *equivoci*. Del resto, il fraintendimento del senso di un messaggio o l'introduzione di un nuovo uso sono attività chiaramente *parassitarie*, che poggiano su una *precedente conoscenza* linguistica».

[43] Cfr. JORI 2016, 58: «il diritto è una pratica sociale che richiede la presenza di un gruppo di esperti, i giuristi, ed è caratterizzata dalla interazione sistematica tra tale gruppo degli esperti e la gente comune».

Per altro verso (B), quando si riferisce alle autorità che sarebbero chiamate ad amministrare il linguaggio, la pragmatica giuridica parrebbe – in modo tanto pacifico quanto controintuitivo – proporre sotto il profilo semiotico una curiosa *mésalliance* tra la posizione del legislatore che espressamente adotta ri-definizioni sui termini del *proprio* discorso e quella delle altre autorità (*in primis* giudici e funzionarî) che operano semmai contingenti ri-formulazioni di termini o enunciati appartenenti ad un discorso *altrui*, proponendole al pubblico dei destinatarî come equivalenti ai primi o da essi logicamente derivate.

È senz'altro condivisibile il rilievo per cui «il linguaggio del diritto moderno [...] non è affatto indifferente a ciò che viene detto mediante di esso, anzi persegue il controllo del contenuto dei discorsi giuridici»[44], ma davvero non si capisce come tale controllo potrebbe (o addirittura dovrebbe) essere effettuato in modo apparentemente interscambiabile da parte del suo autore o di soggetti che parlano sempre "in nome e per conto altrui".

Da ultimo – *but not least*... – (C), è un fatto che le incertezze sin qui segnalate non di rado finiscono per *tourner au vinaigre*, scivolando neanche troppo lentamente verso atteggiamenti giusrealistici[45] dove il significato degli enunciati legislativi viene rimesso *toto corde* alle decisioni di volta in volta adottate dagli organi dell'applicazione, quasi che essi fossero gli unici partecipanti alla comunicazione giuridica[46] o addirittura i "veri" emittenti e non dei semplici fruitori del messaggio prescrittivo del legislatore, linguisticamente vincolati alle oggettive caratteristiche di quest'ultimo (messaggio).

Va altresì detto che tali approdi parrebbero porsi in *evidente* contrasto con l'attitudine "ecumenica" dell'approccio pragmatico finora analizzato, all'interno del quale *pacificamente* le autorità *non* sono *solo* quelle giudicanti[47]. Al tempo stesso, proprio il non saper adeguatamente prevenire le insidie di siffatta (letale) "eterogenesi dei fini" sembrerebbe un'ulteriore e significativa "spia" delle difficoltà e dei pericoli insiti in questa posizione teorica, ancor troppo incline – per lo meno al suo attuale stadio di elaborazione – a trasformare i giudici in quei "signori" dei quali Alessandro Manzoni ne *I promessi sposi* faceva dire a Renzo Tramaglino

> «la penna la tengon loro: e così, le parole che dicon loro, volan via, e spariscono; le parole che dice un povero figliuolo, stanno attenti bene, e presto presto le infilzan per aria, con

[44] JORI 2016, 51.

[45] In questo senso cfr. per esempio CHIASSONI 2004, 61.

[46] Anche qui in evidente dissonanza con JORI 2016, 65, secondo cui la prospettiva pragmatica «non significa che gli unici veri utenti del linguaggio giuridico siano i membri delle autorità giuridiche (gli *officials* di Hart). La costante interazione tra autorità e pubblico, e tra esperti e laici, ne è invece lo sfondo pragmatico e ne spiega le fattezze semantiche e sintattiche».

[47] V. infatti JORI 2016, 59: «è bene sottolineare che il controllo del linguaggio giuridico non è riservato neppure alle autorità e tanto meno a una sola tra esse. Ogni linguaggio giuridico verrà gestito dalle autorità, dal legislatore ai giudici ai pubblici funzionari, nella interazione con il pubblico. Si tratta dunque non di due o tre gruppi linguistici, ma di ruoli sociali la cui complessa interazione costituisce la pratica giuridica».

> quella penna, e te le inchiodano sulla carta, per servirsene, a tempo e luogo. Hanno poi anche un'altra malizia; che, quando vogliono imbrogliare un povero figliuolo, che non abbia studiato, [...] e s'accorgono che comincia a capir l'imbroglio, taffete, buttan dentro nel discorso qualche parola in latino, per fargli perdere il filo, per confondergli la testa»[48].

Ed appunto... *cui prodest*?

2.4. *Assaggi di metodologia linguistica*

Al solo prezzo di tener ferma la differenza tra *Codice di procedura civile* e *Divina Commedia* e di rinunciare ad una "linguistica giuridica della malafede"[49], dunque, *tout se tient* e sembrerebbe tutto sommato agevole concordare sul fatto che,

> «per quanto riguarda i destinatarî il testo, quale forma significante, si ripropone come "esce" dagli atti comunicativi, che fungono da "canale" della comunicazione, con un codice di decodificazione fondato non su criteri soggettivi o su valutazioni individuali, ma su elementi rilevati tutti ed esclusivamente dal testo e dal linguaggio usato. *Se si prescindesse da tali elementi, la decodificazione sarebbe "aberrante"*: la assegnazione di un senso anche parzialmente diverso non condurrebbe a quello obiettivato, quale *risulta* in sede di comunicazione, nel quadro della intercomunicabilità o interazione degli uomini»[50].

A coloro i quali (e sono legioni!) "rassegnatamente" opinano l'insufficienza e la strutturale labilità dei vincoli linguistici che contraddistinguerebbero la comunica-

[48] MANZONI 1840, cap. XV, 281-282.

[49] Come del resto parrebbe persino ovvio in scienza. Sul punto cfr. RESCIGNO 2008, 591: «una premessa implicita in ogni seria discussione di ordine giuridico è che i partecipanti siano in buona fede e in buona fede dicano sempre quello che essi effettivamente pensano. È una premessa che non viene quasi mai esplicitata, ma solo perché ovvia. Persone in mala fede (che pure esistono) e che dicono cose diverse rispetto a quelle che esse effettivamente pensano (e che pure esistono) conducono un gioco che ai giuristi ed in generale agli operatori giuridici terzi non interessano (escludo quindi gli avvocati nell'esercizio delle loro funzioni, dato il loro specifico mestiere). Del resto io non credo sia possibile, e comunque non saprei fare la scienza giuridica della malafede».

[50] PINO A. 1996, 256 (corsivo mio), cui accede (ivi, 256 s.) il rilievo per cui «il codice linguistico non è un sistema con valore assoluto, applicabile sempre e per ogni testo, ma è relativo alle innumerevoli caratteristiche dei discorsi, rispetto ai quali non è prospettabile un processo di significazione unitario. La diversità di codici e la diversità di forme di decodificazione dipendono dalla diversità dei testi. [...] Nei testi legislativi la funzione prescrittiva impone un codice di decodificazione complesso. Alla sua determinazione concorrono le regole di formazione del linguaggio specificato che, si è visto, separano la struttura di quello concretamente usato da quello astrattamente utilizzabile come "comune" e stabiliscono l'area semantica e, talvolta, in maniera specifica il linguaggio di parti o zone di essa, nonché le regole semantiche che conducono alla formazione di un lessico particolare e pongono limiti più o meno rigidi. Quali atti con funzione prescrittiva gli enunciati legislativi richiedono la indagine sulla struttura del linguaggio usato, per stabilire se e in qual modo ne venga operata la specificazione, mediante la separazione dalla struttura del linguaggio "comune" o di altri linguaggi usati in funzione assertiva».

zione giuridica, non guasterà peraltro ricordare come – a meglio considerare – una (solida) *metodologia*[51] linguistica per la significazione degli enunciati legislativi non soltanto parrebbe *possibile*, ma anche d'una utilità e d'una rilevanza tutt'altro che trascurabili per le analisi del giurista.

Alla visione "materialistica" in forza della quale gli enunciati del legislatore altro non sarebbero che sventurati pezzi di «carta sporcata di inchiostro»[52], si potrebbe allora senza troppi rimpianti sostituire la non meno evocativa, ma forse più rassicurante "poetica" secondo cui «se la stampa è fedele all'originale dell'autore, la parola di lui, non pronunciata, non giace morta sulla pagina. La scrittura incorpora i suoni e i sensi come una donna incinta da lui fecondata»[53].

In questa chiave, da un parte si potrebbe così riconoscere che

> «quali segni di comunicazione gli enunciati sono oggetto di una analisi semiologica diretta alla forma di significanti, alla composizione interna e alle interconnessioni con tutti gli altri enunciati che nel loro insieme costituiscono il testo trasmesso. La composizione interna

[51] Si usa qui il termine "metodologia" in un'accezione assimilabile – fatte salve le sfumature "soggettive" – a quella di SCARPELLI 1956, 251, quando afferma che «una metodologia concernente il modo di operare di chi pratica una certa attività può essere elaborata come una precettistica, cioè come un complesso di regole proposte a chi pratica quella attività. [...] Il criterio di scelta delle regole, nella elaborazione di una metodologia come precettistica, è costituito dalla idoneità delle operazioni prescritte a realizzare i risultati voluti da chi elabora la metodologia».

[52] Secondo la nota e ormai celebre definizione datane da SACCO 1947, 59, recentemente ribadita nei suoi tratti essenziali anche in PEDRINI 2016, 151 ss.

Sia detto per inciso, l'identificazione delle "prescrizioni" o degli "enunciati" legislativi con le entità "empiriche" che li veicolano è una metonimia potenzialmente latrice di problemi e confusioni concettuali. Sul punto v. LUZZATI 1999, 99 s.: «in linea di massima l'interpretazione resta una *comprensione di segni*. Ma i segni non sono fatti empirici. Non lo sono neppure i cosiddetti segni "naturali", ossia quei segni che non vengono prodotti dall'uomo in un processo comunicativo consapevole (per esempio: le tracce, i sintomi e gli indizi). Il segno è tale perché "sta per" o rappresenta qualcosa di diverso da sé, assumendo un valore che trascende la sua realtà empirica; esso, dunque, non è mai un'entità fisica (tale sarà al massimo l'evento segno concreto, detto *token* o replica). Bisogna quindi distinguere accuratamente fra l'interpretazione *di un* segno e l'interpretazione di qualcosa *come un* segno. Nella prima ipotesi si attribuiscono significati a certe espressioni significanti (enunciati, gesti, suoni, segnali luminosi o di fumo, ideogrammi, indicazioni stradali, icone che compaiono sullo schermo di un computer etc.). Nella seconda ipotesi si riconosce o si ascrive la qualità di segno – o meglio di evento segnico concreto – a ciò che altrimenti sarebbe un mero "frammento di natura", privo per noi di ogni significato culturale. In particolare, non si deve pensare agli enunciati linguistici (ai testi, ai documenti, alle disposizioni di legge) come a dati sensibili. Gli unici dati sensibili sono, infatti, le macchie d'inchiostro sulla carte e i suoni emessi dai parlanti. Ma che tali macchie e suoni siano repliche di un determinato tipo (*tokens* di un determinato *type*) – che cioè siano veicoli segnici – questo l'esperienza non ce lo dice e non può dircelo. Gli enunciati sono ciò che vi è di comune a una classe di istanze concrete (a tutte le enunciazioni dello stesso enunciato): essi hanno un indefettibile carattere "ideale" che li rende assolutamente inidonei a costituire la "base empirica" dell'interpretazione. Un enunciato, quindi, non va solamente interpretato, ma va anche riconosciuto come tale (l'enunciazione deve cioè essere interpretata *come un* segno, o meglio: come un'istanza segnica)».

[53] POZZI 2013, 24.

rivela, tra l'altro, che [...] il significato delle singole parole non è immanente in ciascuna di esse, ma va attribuito di volta in volta»[54].

Dall'altra parte, in modo complementare, si potrebbe infine comprendere che

«quali segni di significazione gli enunciati sono oggetto di analisi semantica, mediante una lettura diretta a cogliere la funzione di parti costitutive e organiche del testo, con il quale vengono significate le norme di condotta. La mancanza di separazione netta e rigida della struttura del linguaggio legislativo da quella del linguaggio "comune" [...] conduce frequentemente il giurista a procedere alla lettura del testo con modalità intersoggettive. Con tale lettura il giurista disattende le regole della decodificazione e le regole semantiche relative e prescinde dalle caratteristiche linguistico-strutturali del linguaggio che lo diversificano da quello "comune". Affascinato talvolta dal miraggio della interpretazione "aperta", egli si ritiene esonerato dal compito, sempre difficile, di individuare il significato specifico da attribuire alle parole e, considerando il discorso legislativo atecnico, approssimativo, scorretto, attribuisce ora l'uno ora l'altro dei molteplici significati d'uso nel linguaggio "comune" o in altri linguaggi specificati, quando poi non le ritenga del tutto asignificative. Condotta con le modalità oggettive, la lettura si svolge sul linguaggio del discorso legislativo, in uno spazio ben delineato che, se perde in estensione rispetto a quello rivendicato dalla dottrina tradizionale, ne guadagna in approfondimento. Il giurista deve cogliere tutte le implicazioni degli innumerevoli passaggi che vanno dal significato attribuibile ai singoli segni fino al senso globale e da quest'ultimo di nuovo a quello dei singoli segni, e così via. Il lavoro di continuo approfondimento è talmente complesso che, talvolta, si sono teorizzate da un lato l'inesistenza nel discorso legislativo della (tendenziale) univocità di senso, rivendicando così nel giurista la libertà di scelta dei significati, tanto ampia da giungere alla scelta degli stessi significanti e, dall'altro lato, si è presentata come metodologia aperta a più vasti orizzonti interpretativi la sostituzione della analisi rigorosa con la intuizione, la evidenza, la pre-comprensione o gli *excursus* storici e sociologici. Il giurista, invece, se vuole salvaguardare la realtà del testo legislativo e rimanere fedele al senso, preso atto del testo, della sua funzione e delle sue strutture linguistiche, deve procedere alla lettura con modalità oggettive e alla decodificazione degli enunciati, considerati come atti linguistici, come segni di comunicazione»[55].

[54] PINO A. 1996, 258, ove pure si precisa come «la attribuzione è subordinata alla conoscenza dei termini della convenzione, con la quale si usano i segni nel linguaggio del testo ed è stabilita in relazione alla entità linguistica, nella quale le parole sono usate e con riguardo alla funzione del discorso. Le interconnessioni rivelano che il singolo enunciato non è una entità linguistica indipendente, ma un elemento costitutivo del messaggio e che al di fuori delle stesse sarebbe asignificativo. Il senso di ciascun enunciato, si ribadisce anche in linguistica, è determinato in quello globale della totalità unitaria».

[55] PINO A. 1996, 259 s., dove poi l'autore conclude indicando il dovere per il giurista di determinare «le regole di collegamento tra parola e significato e le interconnessioni stabilite dall'art. 12 prel. e relative a) alle parole tra loro, b) alle disposizioni tra loro e c) ai significati normativi nella loro partecipazione all'ordinamento giuridico, quale senso globale del discorso legislativo».

Alla fine di questo approfondimento, insomma, si può confermare con maggior cognizione di causa che non sembrerebbero davvero mancare regole metodologiche di tipo linguistico a guidare l'attività di significazione dei documenti normativi. Né l'importanza di tali regole parrebbe *minimamente* scalfita da quella che potrebbe essere percepita come una "plusvalenza" della *pars destruens* rispetto alla *pars construens*. Sarebbe fin troppo facile replicare come anche la sola funzione d'*escludere* una serie di comportamenti dal novero delle interpretazioni corrette parrebbe già un risultato di rilievo *capitale*, se solo si considera l'attuale *status quo* in tema d'interpretazione giuridica.
Oggi più che mai, infatti, risuonano argentine le parole che Rolando Quadri licenziava sul tema più di trent'anni fa:

> «colpisce una candida confessione di Bartolo, nella sua doppia veste di docente e di esperto del diritto: come docente dava libero sfogo alla sua cultura, esponendo e discutendo le differenti teorie più moderne ed originali; ma, *cum casus occurrisset*, allora si sforzava di *melius et accuratius videre*. Da questo raffronto fra due situazioni del giurista, piuttosto sfavorevole per l'accademia, si può risalire ad un raffronto anche fra più tipi di dottrina, o di accademia, se si vuole. Quella attuale, non gioca più con le *rationes*, con le congetture, con i ragionamenti, soltanto, il che già basterebbe a destare serie preoccupazioni per i responsabili dell'ordine sociale, che sempre ne furono, è un fatto storico, seriamente preoccupati; quella moderna ha scoperto un gioco alla seconda potenza: quello delle *rationes rationarum*, delle congetture sulle congetture, dei ragionamenti sui ragionamenti, un gioco, quindi, che può svolgersi sempre più lontano dai dati dell'esperienza giuridica, che in un modo o nell'altro costringono a *melius et accuratius videre*. Ci troviamo così oggi di fronte ad una smisurata letteratura sull'interpretazione, che sempre più guadagna in astrazione, e che presenta un quadro straordinariamente confuso, una sempre più marcata evasività, ambiguità e, nel complesso, inconcludenza»[56].

E siccome tale – se non addirittura peggiore, *pour appeler un chat un chat* – sembrerebbe ancor oggi la situazione, ben venga anche una metodologia "in negativo", la cui utilità (e nobiltà) teorica non parrebbe peraltro mai essere stata messa in discussione neppure in un contesto filosofico più generale.

Nulla infatti parrebbero aver perso della loro attualità in proposito le considerazioni di Horkheimer, quando osservava che «la negazione gioca in filosofia una parte di primo piano» anche come «negazione delle pretese impudenti della realtà», *a fortiori* nella misura in cui si condivida «l'assunto che se la filosofia diventerà consapevole di questi processi, tale consapevolezza potrà contribuire ad invertire il corso degli stessi»[57].

[56] QUADRI 1974, 194.
[57] HORKHEIMER 1947 (cit. da FOIS 1978, 112 s., nt. 185).

2.5. *Interpretazione del diritto e correttezza linguistica (primo intermezzo)*

La presenza d'un insieme di regole linguistiche che insieme disciplinano e rendono possibile e (potenzialmente) fruttuosa la comunicazione giuridica tra emittente e destinatarî/fruitori del messaggio (prescrittivo) del legislatore consente di fondare una distinzione concettualmente cruciale ai nostri fini: quella tra interpretazioni (linguisticamente) *corrette* e interpretazioni (linguisticamente) *scorrette* dei documenti normativi.

È considerazione banale e del resto fin troppo risaputa che il vocabolo "interpretazione" sia altamente polisemico[58] e di per sé idoneo a denotare – se non adeguatamente specificato dal contesto o più puntualmente precisato in via stipulativa – tanto un'attività di significazione (= attribuzione di significato) *razionale* e *rispettosa del suo oggetto*, quanto un'attività di significazione *qualsivoglia*.

Com'è noto, il "senso comune" va più nella direzione di Alice – giacché nella vita di tutti i giorni non saremmo facilmente disposti ad ammettere come "genuine" interpretazioni anche delle significazioni folli, arbitrarie o del tutto pretestuose –, mentre gli studiosi di logica formale sono più portati a far "comunella" con Humpty Dumpty[59]. Al di là della questione *terminologica*, tuttavia, l'uso comune suggerisce che, *concettualmente*, vi siano per lo meno interpretazioni e "interpretazioni".

Insomma, per dirla con Uberto Scarpelli,

> «qualcosa può essere detto pure per Alice. A certe condizioni i significati sono quelli che sono ed i procedimenti di trasformazione delle proposizioni devono essere quelli che devono essere; e chi non riconosce quei significati e non si attiene a quei procedimenti riesce soltanto a fare la figura del pazzo o dello stravagante. I segni, del resto, e fra essi i sistemi più complessi di segni,

[58] Rispetto ai molteplici significati che il vocabolo "interpretazione" può assumere quando ricorre all'interno della locuzione "interpretazione del diritto" o "interpretazione giuridica" v. TARELLO 1980, 5-11. Cfr. GUASTINI 2004, 4-13.

[59] LUZZATI 1990, 104: «l'attività di ascrivere significati ai segni può obbedire a regole, criteri o convenzioni oppure essere totalmente arbitraria. I logici sono soliti parlare di 'interpretazione' anche nella seconda ipotesi: per loro un'interpretazione è una pura e semplice assegnazione di significati – una delle molte possibili – in un certo universo di discorso ai simboli di un dato linguaggio. L'uso comune, però, è maggiormente restrittivo. L'uomo della strada sarebbe piuttosto riluttante a qualificare come un'"interpretazione" il gioco di Humpty Dumpty, il personaggio di *Through the Looking Glass* di Lewis Carroll, il quale muta i significati delle parole seguendo soltanto il proprio capriccio. Di solito si preferisce pensare all'interpretazione come a un'attività più o meno rigidamente vincolata da canoni che può essere svolta in modo "corretto" o "scorretto", anche se si ammette che spesso l'interprete deve affrontare scelte difficili, facendo complessi apprezzamenti e formulando sottili diagnosi. In quasi ogni campo sussiste l'esigenza sociale, operativa, scientifica, culturale di disciplinare le pratiche "interpretative" del settore, uniformandone al massimo i procedimenti e riducendo drasticamente il numero dei risultati considerati accettabili. Dunque non tutto va bene nell'interpretazione. Generalmente non ci si accontenta di un risultato interpretativo qualsiasi, ma si pretende un risultato interpretativo "razionale", cioè ricavato dall'applicazione coerente di regole condivise» (precisandosi poi – ivi, 109 – come «anche l'interpretazione giuridica è un'ascrizione di significato a segni conformemente a regole»).

> i linguaggi, assolvono in misure che sono spesso pragmaticamente soddisfacenti le funzioni della comunicazione e della costruzione logica del mondo, e tali funzioni non possono essere comprese e spiegate da posizioni strettamente humptydumptiane. Come possiamo identificare quelle posizioni? Pressoché tutta la filosofia del linguaggio contemporanea, pur nella molteplicità delle sue prospettive ed articolazioni, è volta ad una concezione del significato come uso. Che un segno è significante significa che viene usato, cioè prodotto e ricevuto, in certe relazioni con altri segni e con enti non segnici, e le disposizioni ad usare il segno sono connesse, non soltanto al suo aspetto materiale, ma alle relazioni di cui è portatore. La natura del significato rende possibile, come gioco logico, il gioco di Humpty Dumpty: ognuno può divertirsi a cambiare con un suo comando, nell'ambito in un cui il comando ha effetto, le relazioni costitutive del significato di un segno e mutare ed inventare sistemi di relazioni. Ma nella realtà dei rapporti sociali le relazioni segniche non dipendono da comandi individuali, bensì da regolarità e regole, su basi fisiche e biologiche, consuetudinarie e convenzionali»[60].

Tanto premesso, non pare in alcun modo dubitabile che quanto vale in generale per tutto il linguaggio, valga anche nello specifico per la significazione del discorso legislativo, a maggior ragione tenendo conto della sua funzione prescrittiva.
Invero, come è stato esattamente osservato da Gustavo Zagrebelsky,

> «l'interpretazione del diritto non si sottrae alle regole che valgono all'interno dell'istituzione linguistica in cui opera. Ciò è del tutto evidente, dal momento che il diritto formale si esprime in linguaggio e quindi non può prescindere dalle regole del linguaggio, tenendo però presente che, pur nell'ambito delle regole generali di questo, ve ne sono di speciali che attengono a quel particolare settore linguistico che ha a che fare con il diritto»[61].

Pertanto, se anche si volessero chiamare atti di "interpretazione giuridica"[62] pure quelle ascrizioni di significato ai documenti normativi variamente immaginifiche,

[60] SCARPELLI 1971, 568. Cfr. anche SCARPELLI 1969, 109: «l'interprete opera [...] nel quadro di una struttura linguistica, sia pure a volte molto elastica, e, se intende condurre a compimento una comunicazione linguistica entro tale struttura, deve inserire le sue innovazioni nella struttura, può giocare nei suoi spazi, può magari violentarla, ma non può saltarne fuori del tutto».

[61] ZAGREBLESKY 1984, 71.

[62] Cosa della quale dubita, ad esempio e non senza qualche buona ragione, DICIOTTI 2003, 17: «indubbiamente può accadere che Tizio (un giudice o un giurista) ascriva a un'espressione contenuta in un testo di legge un significato molto stravagante (ad esempio, che dia al vocabolo 'legge' contenuto nell'art. 1 cod. pen. un significato in cui indica le convinzioni morali dei giudici), ma se accade questo, oltre a dubitare della salute mentale di Tizio o della sua serietà, noi possiamo sensatamente affermare che Tizio *non ha in effetti svolto, al di là delle sue pretese, un'attività di interpretazione della legge*. Nella nostra lingua, infatti, 'interpretazione di un enunciato' e 'interpretazione di un testo' non indicano qualunque attività che si concluda con la pretesa di attribuire un significato a un enunciato: questi termini indicano soltanto le attività il cui esito sia l'attribuzione a un enunciato di un suo possibile significato, cioè di un significato che può essere ad esso attribuito *date le regole della lingua in cui esso è formulato* (ed eventualmente alcune specifiche convenzioni valide per il testo interpretato)».

funamboliche, financo "estetologiche" *et cetera*[63], questo non toglie che non soltanto le si *possa*, ma che per onestà e completezza informativa le si *debba* contestualmente qualificare come interpretazioni scorrette, senza per questo tuttavia scadere nella semplice "precettistica".

Definire "normativo" il problema della correttezza (linguistica) dell'interpretazione degli enunciati legislativi[64] costituisce certo un'osservazione analiticamente esatta e concettualmente innocua, nella misura in cui evidenzia come la possibilità di parlare di un atto corretto presuppone un "paradigma normativo", vale a dire un insieme di criterî (= regole) per assegnare il relativo predicato (corretto) a un singolo atto. Diviene però fatalmente operazione foriera di equivoci nel momento in cui si voglia con essa suggerire intrinseca all'idea stessa di correttezza una sfumatura "valutativa", tendente alla "prescrittività" propria delle dottrine o magari addirittura delle (più o meno personali) "ideologie"[65].

Giova viceversa ribadire una volta di più che, attesa la natura "oggettiva" delle regole linguistiche che interessano la comunicazione giuridica, la distinzione tra interpretazioni corrette e scorrette qui introdotta ha natura sì (necessariamente) normativa, bensì esclusivamente *metodologica*, in rapporto alla quale quella *ideologica* risulta non solo distinta, ma addirittura contrapposta[66].

Non altro concetto, del resto, esprimeva significativamente anche Emilio Betti, evocando la

> «indeclinabile esigenza metodica di delimitare l'una dall'altra delle due attività conoscitive che nel linguaggio comune vanno sotto la denominazione di "interpretare", ma delle quali soltanto l'una deve essere propriamente qualificata in quanto oggetto di una teoria metodologica, perché essa soltanto configura un procedimento logico, il cui indirizzo può essere controllato alla stregua di determinati criteri, e i cui risultati pertanto possono essere valutati come esatti o inesatti. Se, stante il carattere prospettico del nostro conoscere, è vero

[63] Cfr. oggi per quest'ultima suggestione CANANZI 2008 e 2013.

[64] Cfr. per questa posizione GUASTINI 2008, 165.

[65] Per l'osservazione secondo cui «i vocaboli "corretto" e "accettabile" hanno una evidente componente valutativa», dove pure si precisa come «stabilire quali siano i criteri di correttezza o accettabilità dell'interpretazione non può avere altro scopo se non quello – valutativo appunto – di orientare *ex ante* l'attività interpretativa di giudici e giuristi e/o di criticarla *ex post*», con la conseguenza che tutto ciò sfuggirebbe al dominio di una teoria dell'interpretazione (animata soltanto da intenti descrittivi), cfr. sempre GUASTINI 2008, 165.

[66] Cfr. sul punto PINO A. 1996, 8: «la posizione ideologica ha la sua radice nel volere, in un mondo irrimediabilmente irrazionale e persegue determinate finalità; la regola metodologica si fonda sulla esigenza di stabilire il modo, con il quale trattare le asserzioni scientifiche. La ideologia nasconde e non descrive la realtà, che viene apprezzata con il fine di conservarla, o disprezzata con il fine di trasformarla, distruggerla o sostituirla. La metodologia attiene agli strumenti e alle tecniche elaborate per un corretto svolgimento del processo ricognitivo della realtà empirica e non ha nulla a che vedere neppure con il giudizio sulla maggiore o minore idoneità dei dati alla percezione e alla capacità esplicativa, né sulla selezione degli stessi».

che ogni intendere è essenzialmente condizionato da una determinata prospettiva, si può e si deve tuttavia distinguere fra il vero e proprio interpretare, che di siffatta indole condizionale rimane costantemente consapevole, nella tendenza a controllarne l'influenza sul corso e sui risultati del processo conoscitivo, e lo spiegare speculativo (deuten) ossia l'attribuire un significato (sinngeben) dal punto di vista (quasi specola) di una prescelta concezione della vita e del mondo, rivolto ad intendere il dato dell'esperienza in coerenza di tale concezione e ad inquadrarlo nella totalità del suo sistema, in genere la "Kunst des Deutens und Hineinlegens", per la quale non vale il fondamentale canone ermeneutico "sensus non est inferendus, sed efferendus"»[67].

3. *Correttezza e norme giuridiche*

Abbiamo finora parlato di interpretazioni degli enunciati legislativi corrette in rapporto all'insieme delle regole *linguistiche*. Occorre ora domandarsi se, a disciplinare la medesima attività, possano esistere anche delle regole *giuridiche*, se queste ultime esistano concretamente nell'ordinamento giuridico italiano e, nel caso, che contenuto abbiano e in che rapporto si pongano con quelle linguistiche.

3.1. *Esistenza e funzione delle norme giuridiche sull'interpretazione*

La risposta al primo quesito parrebbe senz'altro positiva. Una volta superati gli antichi pregiudizî secondo cui le norme sull'interpretazione, da un lato (1), pretendendo di disciplinare un'attività intellettuale "interna" alla coscienza del singolo, avrebbero avuto un oggetto impossibile[68] e dall'altro lato (2) proprio per questo avrebbero natura "meramente logica" e non "propriamente giuridica"[69], sembrerebbe oggi di poter serenamente attribuire loro la natura di specifiche *meta-norme*: *insieme* giuridiche, poiché appartenenti al diritto positivo[70] con tutte le possibili conseguenze del caso[71], *e* metodologiche (o, se si vuole, tecniche)[72], poiché utili

[67] BETTI 1990, 100 s.

[68] Cfr., per tutti, GALLONI 1955, 68: «le norme *sulla* interpretazione [...] non tendono a definire una sfera di applicazione delle altre norme ma a disciplinare un procedimento logico del foro interno che è insuscettibile – come tutte le attività del pensiero – di una regolamentazione giuridica».

[69] Per opportuni riferimenti su queste posizioni cfr. MEROLA CHIERCHIA 1978, 168 ss.

[70] V. sul punto GIANNINI 1939, 47: «parlando di norme sull'interpretazione [...] per il semplice fatto che esse si trovano nel diritto positivo, esse sono norme giuridiche, anche se sostanzialmente tecniche, alla stregua di infinite altre proprie p. e. di leggi amministrative particolari». Cfr. anche CRISAFULLI 1940, 675: «sembra possa tranquillamente accogliersi, in linea di massima, l'opinione che afferma il carattere giuridico e precettivo delle norme sull'interpretazione così come di tutte le altre sull'applicazione del diritto» (e cfr. inoltre la bibliografia ivi riportata alla nt. 1).

[71] V., con la consueta magistrale chiarezza, BOBBIO 1938, 123 s.: «contro la tesi che le norme interpretative siano norme giuridiche, il più formidabile argomento è ancor sempre quello che afferma essere quelle norme non già regole di condotta, ma regole logiche. Ora, per confutare questo argomento,

(*recte*: necessarie) a porre in essere un procedimento "corretto" dal punto di vista conoscitivo[73] e a poterlo argomentare correttamente[74].

Se infatti partiamo dall'assunto secondo cui «il linguaggio stesso è comportamento, che, come tale, può essere disciplinato dalle norme giuridiche»[75], è poi giocoforza ammettere che

> «il problema dell'interpretazione in senso stretto del diritto, cioè del chiarimento del significato dei termini normativi, va affrontato tenendo conto del possibile ricorso a norme sull'interpretazione, a norme su norme. Nei limiti in cui la decisione sul significato della singola norma può essere determinata dalla metanorma interpretativa, allora l'operazione

non è affatto necessario cercare di dimostrare [...] che quelle regole non si dirigono soltanto all'intelletto ma anche alla volontà, ma basta osservare che qualsiasi fatto può diventare oggetto di normazione purché il legislatore lo ritenga rilevante ai suoi fini, e che nella particolare fattispecie non vi è nessuna incompatibilità a che una regola logica diventi l'oggetto di un comando giuridico [...]. E per quanto il Levi ad esempio dica "che ogni norma giuridica, essendo una regola di condotta, è una disciplina di comportamenti soggettivi, non già una guida dell'intelletto per aiutarlo nelle sue funzioni logiche", noi dobbiamo convenire che una cosa non esclude l'altra, vale a dire che la norma d'interpretazione, in quanto regola logica, se è davvero tale, è una guida dell'intelletto, e in quanto comando del legislatore rivolto ai giudici, è una disciplina di determinati comportamenti soggettivi del giudice. Né si obietti, come pur si legge tra le righe di tutte queste obiezioni, che le regole logiche, così come le massime di esperienza, si osservano da sé senza bisogno di una imperativistica imposizione, e che insomma l'imperativo non aggiunge e non toglie nulla alla regola o alla massima, e quindi è inutile se non addirittura grottesco; perché in questo modo si verrebbe a disconoscere quello che è il principale effetto della normazione, cioè la trasformazione di un fatto naturale in un fatto giuridico, con la relativa trasformazione delle sue conseguenze in conseguenze giuridicamente rilevanti; per cui nel nostro particolar caso la violazione della regola logica non è più soltanto un errore, ma anche un atto illecito. Se esistesse una norma la quale imponesse ad esempio che tutti gli uomini devono camminare con le gambe, o che in tutte le somme due e due devono far quattro, colui che sostenesse genericamente l'inutilità di questa norma, dimostrerebbe di non accorgersi che sotto l'impero della medesima il camminare colle mani non sarebbe soltanto una stravaganza, ma un atto proibito, e il dire che due e due fanno cinque, non soltanto un errore di calcolo, ma una violazione di legge, con tutte le conseguenze che all'atto proibito o alla violazione di legge sarebbe il legislatore ad attribuire».

[72] Secondo la terminologia di VON WRIGHT 1963, 46 s., quando parla di regole chiamate «*direttive* o *norme tecniche*. Approssimativamente, queste riguardano i *mezzi* da usarsi per conseguire un certo *fine*. Le "istruzioni per l'uso" sono un esempio di norme tecniche. Vi si presuppone che la persona che segue le istruzioni miri alla cosa (al fine, all'obiettivo) in vista della quale sono formulate tali istruzioni».

[73] Cfr. BETTI 1949, 150: «quel che viene sottoposto alla disciplina legale, non è il convincimento – che è di per sé incoercibile nella sua spontaneità –; non è neppure l'intelligenza del quid iuris, come fatto della coscienza intellettuale: coscienza, la quale non può illuminarsi se non col lume della verità, e alla quale non si può imporre, senza cadere nell'assurdo, una "finzione di verità". Quella che viene disciplinata (nel giudice come obbligo e nelle parti come onere) è soltanto l'attività da spiegare per formarsi il convincimento, la condotta ossia il procedimento da tenere per raggiungere l'intelligenza del quid iuris».

[74] V. GUASTINI 1991, 66: «a rigore [...] l'interpretazione, in quanto operazione intellettuale, può essere solo orientata, ma non propriamente disciplinata. Da questo punto di vista, sembra di dover dire che la disposizione in commento disciplina non tanto l'interpretazione, quanto piuttosto il modo di giustificarla o argomentarla, predisponendo così una soluzione alle possibili controversie interpretative». Cfr. anche GUASTINI 1989, 85.

[75] CONTE 1962, 191.

interpretativa è frutto di ragionamento, è logica, e non è oggetto solo di argomentazione più o meno ideologicamente contraffatta e mistificante»[76].

Che possa talora essere lo stesso emittente ad esplicitare i propri codici linguistici, così "semplificando la vita" ai fruitori del suo messaggio, parrebbe una considerazione tutto sommato banale e verificabile a vario livello anche nella comunicazione di tutti i giorni[77]. Soprattutto allorché quest'ultima s'atteggi in senso prescrittivo, l'interesse dell'emittente a che la propria volontà sia eseguita al meglio può indurlo, e spesso concretamente lo induce, a specificare meglio cosa egli esattamente intenda con le parole utilizzate.

Ebbene, che ciò possa specificamente avvenire anche e *a maggior ragione* nel caso in cui l'emittente sia il legislatore costituisce poi un dato altrettanto ovvio, se solo si considera la crucialità del suo messaggio prescrittivo dal punto di vista sociale e l'eventualità storicamente tutt'altro che peregrina che esso possa venire (involontariamente) frainteso o (deliberatamente) distorto, soprattutto da parte degli organi dell'applicazione.

In proposito basti qui riportare le convergenti considerazioni di Vezio Crisafulli da una parte e di Rolando Quadri dall'altra.

Il primo allorché faceva notare come

«l'applicazione (*lato sensu*) del diritto positivo, ed in modo speciale quella posta in essere dagli organi pubblici, non potrebbe, in un ordinamento evoluto come quello statale, considerarsi quale attività indifferente allo Stato e abbandonata perciò interamente alla libera osservanza dei principî del buon senso e della ermeneutica, ma bisogna che sia disciplinata altresì da norme di diritto positivo, che ne garantiscano [...] la distinzione rispetto alle altre attività statali, ed anzitutto rispetto alla posizione del diritto»[78].

Il secondo quando osservava come

«è stato ritenuto opportuno, anzi necessario, che l'ordinamento giuridico manifesti in modo formale le proprie *scelte* in materia interpretativa, in modo da impedire che i ragionamenti e le congetture, astratte e personalistiche, e gli errori e i sofismi possano fare *tabula rasa* del diritto positivo vigente, sconvolgendo l'equilibrio costituzionale e funzionale che deve esistere fra legislatore e giudice e fra legislatore e costituente»[79].

L'adozione da parte del legislatore di norme giuridiche sull'interpretazione dei

[76] JORI 1978, 428.
[77] Sul recupero dei codici linguistici dell'emittente da parte del fruitore v. anche ECO 1989, 63.
[78] CRISAFULLI 1940, 676.
[79] QUADRI 1974, 200 s.

propri enunciati parrebbe dunque non soltanto possibile, ma anche utile ed ampiamente sensata tanto nella prospettiva dell'emittente linguistico, quanto nell'ottica del destinatario/fruitore (per lo meno di quello "in buona fede"...)[80]. Diviene però tanto più utile e sensata nello specifico caso del diritto, laddove è costituzionalmente previsto che, qualora sorgano delle controversie giuridiche tra i consociati, la soluzione debba essere imposta autoritativamente da soggetti terzi istituzionalmente *subordinati* alla legge[81], la cui attività interpretativa e applicativa, se non adeguatamente disciplinata, potrebbe facilmente condurre a una surrettizia *mainmise* semantica del discorso legislativo.

Non a caso, dunque, la tesi della centralità di tali norme quale tentativo di maggior formalizzazione del discorso legislativo[82] è stata ribadita anche di recente da parte di due importanti studî pubblicati lo scorso anno in tema di interpretazione e di applicazione giuridica.

Da una parte, invero, Massimo Luciani ha sottolineato l'ampiezza di questa tipologia di (meta-)norme, che ai processi di significazione degli enunciati (e della successiva applicazione delle norme) possono riferirsi in modo più o meno diretto:

> «l'interpretazione non sfugge alla pretesa regolatoria del diritto, vuoi quando è avanzata esplicitamente (art. 12 disp. prel.), vuoi quando è implicitamente manifestata in specifiche regole costitutive (come quelle che definiscono struttura e contenuto necessario di certi atti processuali)»[83].

Dall'altra, Natalino Irti è tornato a porre l'accento sul valore metodico e convenzionale delle norme sull'interpretazione, che si oppongono ad ogni idea di intrinseca "libertà" o "naturalità" dell'atto ermeneutico:

[80] In ordine a tale dinamica collaborativa cfr. anche MARZANO 1955, 3: «Se la legge (scritta) non è in sostanza che una dichiarazione di volontà esteriorizzata e resa comprensibile per mezzo di segni di parole (complesso semantico) è perciò stesso certo che l'autore di essa deve porre in essere con *purezza d'animo* (*rectitudinis zelus*, avrebbe detto un giurista del tempo passato) i più efficaci mezzi materiali di espressione, per farsi intendere, ed è altrettanto naturale che il destinatario della dichiarazione debba considerare ciò che legge con la migliore disposizione d'animo, che gli consenta di *capire*. Altrimenti si dovrebbe constatare che, secondo un noto detto popolare, non c'è peggior sordo (o cieco) di chi non vuole intendere».

[81] Cfr. ZAGREBLESKY 1984, 72: «l'interpretazione del diritto è legata alla posizione istituzionale che assume l'interprete rispetto alla fonte, intesa nel senso di potere normativo. Poiché il nostro sistema di produzione normativa si basa sulla concentrazione del relativo potere in soggetti e secondo procedure autorizzati, si deve dedurre la *posizione passiva* dell'interprete rispetto ai soggetti dotati di potere normativo. L'interprete, insomma, non è il legislatore ma è subordinato alla volontà manifestata dal legislatore».

[82] In argomento cfr. già SCARPELLI 1985, 115: «anche in uso normativo è possibile valersi di un linguaggio formalizzato, costruendo opportunamente un calcolo e dandogli una idonea interpretazione. La formalizzazione del linguaggio giuridico è oggi tema di studi di grande interesse. L'adozione, nelle scienze che si occupano di norme, di un linguaggio formalizzato può talora recare considerevoli vantaggi, consentendo di evitare le difficoltà, gli equivoci e i paradossi derivanti da un linguaggio meno rigoroso».

[83] LUCIANI 2016, 392.

> «Il diritto provvede, esso stesso, a regolare l'attività ermeneutica: al di sopra delle norme interpretate, vi sono le *norme sull'interpretazione* [...]. I significati, conseguiti in codesto interpretare, sono procedurali e artificiali: cioè, raggiunti mercé tecniche di lettura, le quali costituiscono una *metodologia legale*. Dove lo storico e il medico interrogano liberamente le prove o gli indizi, il giurista incontra vincoli di legalità con riguardo così alla *quaestio facti* [...] come alla *quaestio juris*, ossia alla stessa ricostruzione dei significati normativi»[84].

L'ultimo passaggio consente infine di gettar luce sulla generale funzione delle norme giuridiche sull'interpretazione in rapporto alle regole linguistiche che disciplinano i medesimi processi di significazione degli enunciati legislativi.

Le prime, infatti, specificando il particolare codice linguistico dell'emittente, consentono eventualmente di "derogare" in tutto o in parte alle seconde, potendo rendere il procedimento dell'interpretazione giuridica più (o meno) stringente di quanto non lo sarebbe secondo una metodologia soltanto linguistica[85].

In altre parole, esse introducono un ulteriore livello normativo di "convenzionalità", cui deve soggiacere l'atto interpretativo per potersi qualificare come corretto[86]. Tale ulteriore paradigma normativo, dal canto suo – a seconda dell'obiettivo di restringere (come sempre è accaduto *in corpore vili*) o ampliare (in un ipotetico *magical World of Oz*) la discrezionalità dell'interprete – potrà astrattamente ricalcare la metodologia linguistica, specificarla o se del caso anche surrogarla con maggiore o minore ampiezza[87].

Si potrebbe dunque concludere che, per loro natura, le norme giuridiche sull'interpretazione strutturalmente "prevalgono" sulle regole linguistiche. Eppure, da un certo punto di vista, è vero anche l'opposto. Le regole linguistiche di significazione, infatti, si prendono una piccola "rivincita" su quelle giuridiche rivelandosi,

[84] IRTI 2016, 146.

[85] Cfr. BETTI 1949, 138: «le regole legali, che disciplinano l'interpretazione nel campo del diritto, in quanto orientano l'indagine in un indirizzo più o meno divergente da quello dei comuni canoni ermeneutici, mostrano la loro genesi da un problema pratico analogo al problema onde si genera la prova legale nel suo contrapporsi al principio del libero convincimento del giudice».

[86] V. LASERRA 1955, 3: «l'interpretazione legale [...] ha il particolare carattere di essere vincolata. Vincolata, s'intende, non nel senso assoluto e filosofico che l'interprete non possa, se lo vuole, interpretare di suo capo, impossibilità questa che sarebbe assurda data la connaturale libertà di ogni atto dello spirito. Ma nel senso relativo e giuridico che esistono delle altre leggi, fondamentali e superiori, che pongono dei vincoli alla interpretazione sia in ordine alla attività, condotta o procedimento, sia in ordine all'oggetto di essa interpretazione; e che l'interprete non può disattendere quei vincoli se non ribellandosi a tali leggi fondamentali».

[87] Cfr. CRISAFULLI 1940, 702 s.: «l'attività diretta all'applicazione del diritto oggettivo è disciplinata nell'ordinamento statale da criteri logici e da norme giuridiche. Queste ultime possono a loro volta assumere a proprio contenuto regole logiche o di esperienza, sia imponendo all'interprete di uniformarsi a talune di esse a preferenza di altre che pure sarebbero astrattamente applicabili, sia facendogli obbligo di seguire un determinato ordine successivo nell'adozione delle regole logiche stesse; ovvero possono anche, in certi casi, imporre all'interprete di allontanarsi da quelli che sarebbero i principî suggeriti dalla pura ermeneutica».

dal canto loro, *strumentali* alla conoscenza del contenuto specifico di queste ultime.

È segnatamente questo rilievo, del resto, che consente di porre fine anche alle *red herrings* fin troppo spesso riproposte per cui, siccome anche gli enunciati legislativi esprimenti le norme sull'interpretazione dovrebbero essere a loro volta interpretati, quest'ultimo atto interpretativo rimarrebbe sostanzialmente "anomico" e incontrollabile.

Per quanto da più parti autorevolmente sostenuta a partire da un noto passaggio di Vittorio Scialoja[88] e poi variamente declinata in chiave "scettica"[89], l'idea secondo cui «l'interpretazione non dipende dalla volontà del legislatore che pretende di regolarla, ma questa da quella, per la semplice ragione che anche questa volontà deve essere interpretata»[90] si rivela – a meglio considerare – un espediente soltanto retorico, se non addirittura un tantino *rusé*.

Il presunto *regressus ad infinitum*, infatti, si arresta invariabilmente davanti alla duplice considerazione secondo cui: 1) da un lato anche il processo degli enunciati che esprimono le norme giuridiche sull'interpretazione è regolato da convenzioni linguistiche, che consentono di distinguere le loro interpretazioni corrette da quelle scorrette; 2) dall'altro, una volta individuato tramite un'interpretazione *linguisticamente* corretta il significato prescrittivo del relativo enunciato, nulla poi vieta – eventualmente, in un momento logicamente successivo – di applicare

[88] Cfr. SCIALOJA 1898, 303 ss., ora in (e citato da) SCIALOJA 1932, 47: «le norme dell'interpretazione sono dunque determinate dalla struttura del corpo politico, al quale la legge appartiene, e specialmente dai rapporti intercedenti tra i cittadini e l'autorità legislativa, tra questa e le autorità giudiziarie e amministrative. Tali rapporti in generale sono regolati solo parzialmente dal diritto scritto: essi sono determinati più direttamente da quella necessità degli uomini e delle cose, che è la fonte prima del diritto, appartengono a quel diritto tacito, fondamentale, immediata emanazione delle forze sociali ordinate, che con parola oramai tradizionale si può chiamare diritto consuetudinario, purché a quest'espressione non si connetta la idea di *lunga* consuetudine. Tutto il diritto scritto ha la sua base in tale diritto consuetudinario, perché il diritto che governa le leggi non può essere che essenzialmente consuetudinario. Indi è che le regole dell'interpretazione sono il più delle volte incoscienti e appariscono quasi come il risultato di una generale logica necessità. Indi è pure che quelle regole mal si adattano ad esser formulate in articoli di legge, ed anche quando si vogliano rivestire della forma di precetti legali, questi praticamente non hanno, come legge, quasi alcun valore, perché la consuetudine, secondo l'esperienza ci insegna, rivendica tacitamente il suo imperio su tutta questa parte del diritto fondamentale. *E chi detterà infatti le regole per l'interpretazione e la applicazione delle leggi relative all'interpretazione?* La disposizione legale su tale materia potrà dunque qualche volta giovare come cosciente formulazione di principî, che possono rimanere oscuri alla individuale intelligenza di questo o quel magistrato; ma più spesso rimarrà non senza ragione trascurata, quale espressione imperfetta del diritto veramente vigente» (secondo corsivo mio).

[89] V. emblematicamente SACCO 1947, 116: «l'interpretazione non attende giustificazioni del suo procedere dal diritto, perché avanti l'interpretazione non sussiste il diritto». Analogamente, sia pure in forza di differenti presupposti e argomentazioni, GUASTINI 2008, 93: «prima dell'interpretazione non vi è diritto, ma solo testi normativi in attesa di interpretazione».

[90] ZAGREBELSKY 1992, 185, dove pure si precisa come «tutte le norme sull'interpretazione dettate dal legislatore in tutti i tempi e in tutti gli ordinamenti, non essendo mai riuscite nel loro cómpito, si segnalano come esempi d'inconsistenza della pretesa d'ogni diritto "positivo" di stabilire da sé le condizioni della propria portata».

autoreferenzialmente pure la norma *giuridica* così ottenuta alla re-interpretazione della stessa disposizione che la esprime[91].

3.2. *Le norme giuridiche sull'interpretazione e sull'applicazione nell'ordinamento costituzionale italiano*

Appurato dunque che *possano* esistere anche norme *giuridiche* sull'interpretazione degli enunciati legislativi e quale significato esse possano *astrattamente* assumere in rapporto alle regole linguistiche inerenti alla medesima operazione concettuale, si tratta ora di verificarne *concretamente* l'eventuale presenza, lo specifico contenuto e la rispettiva estensione e profondità nel nostro attuale ordinamento giuridico.

Il discorso relativo alle norme giuridiche di diritto positivo sull'interpretazione, a ben vedere, parrebbe diversificato a seconda del tipo di operazione (*lato sensu*) interpretativa da svolgere, e soprattutto a seconda che tale operazione sia o meno espletata nell'esercizio di una specifica attività "autoritativa", con particolare riguardo a quella giurisdizionale. Detto altrimenti, esistono norme che riguardano l'interpretazione e l'applicazione giuridica *tout court*, quali attività esperibili da chiunque, e norme viceversa dedicate specificamente ai percorsi interpretativi e soprattutto applicativi maggiormente "delicati" poiché svolti da singoli soggetti istituzionali nell'àmbito di ben determinate procedure.

In questo senso, le norme giuridiche sull'interpretazione e sull'applicazione possono essere concettualmente divise in due categorie: quelle *generali*, in quanto comuni a tutti i fruitori dei precetti legislativi e ad ogni istanza interpretativa e applicativa, e quelle *speciali*, in quanto espressamente dedicate a peculiari procedimenti e rivolte soltanto ai relativi attori.

Un esame davvero *esaustivo* sulla correttezza nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto imporrebbe di analizzare nel dettaglio sia le prime, sia le seconde, ma quest'ultimo aspetto eccede le ambizioni del presente scritto. Mentre l'esame delle norme generali sull'interpretazione ha una valenza universale e sarebbe utile

[91] Cfr. MEROLA CHIERCHIA 1978, 169 s., il quale riguardo al quesito dello Scialoja che s'interrogava su quali sarebbero stati i canoni interpretativi da applicare alle norme sull'interpretazione, osservava come «la risposta venne (per fortuna) di lì a poco, dall'Ascarelli prima e poi dal Bellavista e dal Bobbio, concordi sul punto che le norme sull'interpretazione non abbisognano di altre norme (giuridiche) per essere interpretate, in quanto sono esse stesse a fornire i criteri per la loro interpretazione». Analogamente LAZZARO 1965, 109: «di solito, alle norme che riguardano l'interpretazione si è persino dubitato di attribuire la qualifica di norme giuridiche. E si è detto che, se esse fossero vere norme giuridiche, non si saprebbe poi da quali norme ulteriori desumere i canoni per interpretarle a loro volta. Non si vede, tuttavia, perché escludere la possibilità che esse norme sull'interpretazione abbiano un *contenuto* così particolare, da prestarsi ad essere contemporaneamente due cose: e cioè, da un lato, una prescrizione su come devono interpretarsi le altre norme; dall'altro una prescrizione che, avendo un determinato *contenuto*, è anch'essa suscettibile di essere interpretata in base ai medesimi canoni delle norme che riguardano l'interpretazione in ciascun ordinamento positivo».

anche nell'ipotetico universo giuridico privo di giudici cui allude Alf Ross[92], fatalmente il secondo percorso di ricerca si esporrebbe a un non indifferente "tasso di dispersione". Esso imporrebbe, infatti, l'arduo cómpito di confrontarsi – a tacer d'altro – per lo meno con tutta la complessa disciplina processuale, e soprattutto "probatoria", che caratterizza le singole giurisdizioni nell'àmbito delle relative (e spesso assai diversificate) competenze: fatica che si lascia volentieri alle più competenti cure degli specialisti delle rispettive discipline.

In questa sede, pertanto, ci si accontenterà di svolgere dapprima un ragionamento di "parte generale" – le cui risultanze circa la correttezza delle varie operazioni di qualificazione giuridica, se valide, si applicheranno tendenzialmente a qualsiasi ramo del diritto – e di concentrarsi poi specificamente, *ratione materiae*, su alcuni tratti salienti del giudizio di costituzionalità sulle leggi.

In tale ottica, le norme giuridiche sulla *interpretazione* (in senso stretto) degli enunciati legislativi e quelle sulla *applicazione* dei precetti da essi desunti per la soluzione di specifici casi saranno analizzate in modo congiunto. La scelta – del resto sovente fatta propria dallo stesso legislatore – non è né arbitraria, né casuale e corrisponde a una precisa connessione funzionale tra le due attività.

Se è vero, per lo meno in linea di massima, che il diritto serve a orientare i singoli comportamenti dei consociati, allora esso dovrà necessariamente consentire la concreta qualificazione di ciascuna condotta umana (giuridicamente rilevante) secondo i predicati deontici di "prescritto", "vietato" o "permesso". La qualificazione giuridica di una specifica condotta umana concreta effettuata alla luce di una norma è appunto l'atto in cui consiste l'applicazione del diritto e costituisce senza dubbio il momento più delicato dell'intera "vita" dell'ordinamento giuridico e, al tempo stesso, quello dove più avvertita è l'esigenza di correttezza.

In assenza di una corretta applicazione del diritto in prima battuta – usualmente e "spontaneamente" – da parte dei consociati, e in seconda battuta – eventualmente e "coattivamente" – degli organi chiamati a dirimere le controversie, l'ordinamento non potrebbe svolgere la sua funzione precettiva e verrebbe così meno la sua *raison d'être*. Non è affatto un caso, dunque, se tra i motivi di ricorso per cassazione, rientrano espressamente la «violazione o *falsa applicazione* di norme di diritto» (art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c.) e la «inosservanza o *erronea applicazione* della legge» (art. 606, primo comma, lett. b, c.p.p.), mentre l'aspetto interpretativo in senso stretto rimane "in filigrana".

Da quella che diviene peraltro un'importantissima riprova del fatto che la correttezza delle soluzioni giuridiche costituisca un'esigenza e un valore non soltanto *scientifici*, ma fatti propri anche *dallo stesso diritto positivo*, si potrebbe anche concludere come all'ordinamento giuridico la corretta interpretazione importi

[92] ROSS 1929, 423 (devo la citazione a LUCIANI 2016, 401, nt. 90).

soltanto in chiave strumentale. Importi – vale a dire – non in sé e per sé[93], ma solo nella misura in cui consenta una corretta applicazione delle norme di diritto (che poi a sua volta è il presupposto per la loro osservanza).

Anche a conceder ciò, tuttavia, non sfuggirà il nesso di *dipendenza logica* tra i due procedimenti: in tanto si potrà applicare (correttamente) una norma, in quanto la si sarà ricavata per il tramite della (corretta) interpretazione dell'enunciato che la esprime. La corretta interpretazione del diritto (come insieme di enunciati), dunque, è condizione *necessaria* per la sua corretta applicazione (come insieme di norme) e tanto basta (e avanza) a motivare l'importanza delle norme che qui ci si appresta ad analizzare.

3.2.1. *L'art. 12, primo comma, delle Preleggi: il "significato proprio delle parole secondo la connessione di esse"*

Com'è noto, la principale disposizione che si occupa di dettare norme giuridiche *generali* sull'interpretazione degli enunciati legislativi è l'art. 12 delle *Disposizioni preliminari al Codice Civile* (c.d. Preleggi), il quale al primo comma dispone come «nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore».

Di tale articolo molto s'è scritto in letteratura[94], spesso – parrebbe – al malcelato scopo di far deflagrare questa disposizione nel più straordinario fuoco d'artificio di norme. Trasformata così putativamente la direttiva del legislatore in una sorta di feticcio post-romantico da *Ruinenlust*, si aveva dunque gioco facile a negare che da essa si potesse trarre una qualsivoglia metodologia giuridica circa l'interpretazione e l'applicazione degli enunciati legislativi[95].

Una volta che si abbandoni un "libertinaggio" aprioristico rispetto all'interpretazione del diritto in generale e che si riconosca come può certo bastare il semplice "lavorio" dei giuristi sulle parole del legislatore a far venir seriamente meno gli obiettivi vincoli linguistici intrinseci ad esse, la tesi secondo cui le direttive di cui all'art. 12 «non sono per nulla univoche e determinate, bensì ambigue e vaghe, per cui non sono in grado di costituire una bussola in grado di orientare con sicurezza l'interprete»[96] diviene assai più complicata da sostenere.

[93] Come pure potrebbe, soprattutto quando si consideri l'attività interpretativa del giudice. Che non si tratti di una eventualità meramente ipotetica è attestato, ad esempio, dalla previsione originaria della proposta di riforma dell'ordinamento giudiziario del 2002, che prevedeva (art. 7, lett. c, n. 7) come illecito disciplinare «l'attività di interpretazione di norme di diritto che palesemente e inequivocabilmente sia contro la lettera e la volontà della legge o abbia contenuto creativo».

[94] Per puntuali riferimenti alla dottrina cfr. ora VELLUZZI 2013, nonché TULLIO 2010, 162-249.

[95] Emblematica sul punto è la posizione di TARELLO 1980, 305.

[96] VELLUZZI 2013, 59.

In questa seconda prospettiva è vero piuttosto – come è stato opportunamente rilevato – che «le norme sull'interpretazione [...] indicano *metodi graduali e progressivi*, che consentono di uscire dal dubbio e così di pervenire all'unicità di significato»[97] in vista del momento applicativo.

Unicità di significato che, giova precisare, non è ingenuamente ritenuta un dato linguistico *naturale*, intrinseca alle singole parole del discorso legislativo, magari a loro volta isolatamente considerate. Si tratta piuttosto – daccapo – di una unicità *artificialmente* costituita dallo stesso legislatore con l'atto di esplicitare il proprio specifico "codice linguistico", dettando così una procedura per evitare che l'eventuale cornice "kelseniana" di significati (parimenti ammissibili in rapporto all'enunciato)[98] si tramuti nella più fosca «cornice che abbraccia lo sconquasso generale» di cui parlava Calvino in *Se una notte d'inverno un viaggiatore*. In altri termini, «lo scarto di un significato in favore di altro non è determinato da un qualche criterio di verità, ma soltanto dal metodo prescritto dal legislatore e applicato dall'interprete»[99].

È segnatamente in questa chiave che può essere anzitutto analizzato il criterio del «significato proprio delle parole secondo la connessione di esse», rispetto al quale viene ancora una volta buono l'eccellente studio di Augusto Pino.

Troppo spesso frettolosamente criticato fraintendendone la stessa sintassi[100] come se sottintendesse un (solo) significato proprio delle singole parole "in sé e

[97] IRTI 2016, 121 s.

[98] Cfr. KELSEN 1934, 120 s.

[99] IRTI 2016, 122.

[100] Da parte di alcuni, infatti, si affermerebbe «che la parola avrebbe un significato *proprio* e il primo comma dell'art. 12 Prel. viene letto come se la espressione "significato proprio delle parole" fosse seguita da una virgola che la separa dalla successiva espressione, "secondo la connessione di esse"». Così PINO A. 1996, 274. In questo modo «"proprio" è inteso come indicativo di una qualità della espressione *significato* e non dal risultato dell'analisi svolta su ciascuna parola, quale va osservata in connessione con le altre, tutte partecipi alla globalità del senso».

In questo senso cfr. anche MEROLA CHIERCHIA 1978, 201 s.: «l'interpretazione *letterale* consiste, secondo l'art. 12 Prel., nella determinazione del significato "proprio delle parole secondo la connessione di esse". Al riguardo si è portati in genere a far ricorso all'insieme di due elementi, il *grammaticale* e il *sintattico*, il primo volto all'accertamento del significato di ogni singola parola, ed il secondo alla costruzione sintattica della proposizione linguistica che esprime la norma. Quel che non convince molto di questo modo di vedere è il fatto che sembra volersi scindere questa prima fase, per dir così, del processo interpretativo in due momenti, e porsi la ricerca del "significato proprio" delle parole come un antecedente logico dell'indagine sulla "connessione di esse". E per significato "proprio" si suole intendere il significato che la parola ha nel linguaggio usuale, o il significato *tecnico*, che da quest'ultimo spesso si discosta. Non sembra però sia stato sempre rilevato che l'espressione "significato proprio delle parole" non opera da sola, ma è strettamente collegata – nel contesto di un'unica proposizione – all'altra espressione: "secondo la connessione di esse", e quindi non può esserne isolata, né può assumere un senso compiuto indipendentemente da questa. Sicché più che parlare di "significato delle parole" e di "connessione di esse" come due momenti distinti, sembra preferibile parlare del significato che assumono le parole *nella connessione*; nel senso che si debba tener conto del fatto che le parole possono assumere una diversa portata a seconda del contesto linguistico nel quale vengono inserite».

per sé" prese[101] e non invece proprio "secondo la connessione" (ovvero: "proprio agli specifici fini prescrittivi dell'enunciato")[102], è stato viceversa opportunamente

[101] Emblematico di questo (peraltro diffusissimo) atteggiamento è, ad esempio, LAZZARO 1980, 309: «che cosa vuol dire, infatti, *significato proprio* delle parole? Non si può certo credere, ormai, che le parole abbiano un significato univoco: ossia che individuino univocamente una certa cosa. E d'altra parte il termine *proprio* di per sé non vuol dire nulla: è un termine di relazione e occorre si specifichi: "Proprio di che cosa e a che cosa". *Significato proprio* delle parole può intendersi come il *significato comune* delle parole ossia significato proprio del linguaggio comune cui la legge è rivolta. In una lingua quasi sempre le parole hanno più di un significato ed ogni lingua si evolve nel senso che le medesime parole acquistano spesso significati nuovi e ne perdono altri. Tutto ciò lascia all'interprete la scelta di un'*area di significanza* delle espressioni legislative; e permette la cosiddetta interpretazione evolutiva proprio perché si tratta di un'interpretazione che tiene conto del solo *testo* della legge trascurando la *psicologia* del legislatore».

Sull'incongruità di intendere il significato "proprio" di un enunciato legislativo come la somma dei significati "comuni" delle singole parole che lo compongono, cfr. tuttavia già ROSS 1958, 112: «il significato di un enunciato non si costruisce come un mosaico, riunendo il significato dei singoli elementi linguistici; il significato che nell'analisi può essere attribuito ai singoli elementi è sempre in funzione della intera entità in cui essi ricorrono. Spesso si crede che l'interpretazione della legge possa o debba prendere l'avvio dal significato ordinario delle parole, attestato dall'uso. Questa concezione è ingannevole. Tale significato non esiste. Solo il contesto e il desiderio di trovare il significato "appropriato", o "ragionevole" in rapporto ad una certa situazione, determinano il significato delle singole parole».

[102] Cfr. sul punto PINO A. 1996, 274-277, part. 275 s., dove si precisa come «collegata con la parola "significato" non è la parola "proprio", ma la espressione sintagmatica "proprio secondo la connessione", in conformità con la più elementare regola linguistica. Il segno o il suono di una parola sono asignificativi, se presi isolatamente e il significato è attribuibile in base all'uso linguistico e alla connessione nel discorso: questa non va intesa in senso grammaticale e sintattico, ma in tutti gli aspetti della connessione nell'interno del senso globale del testo».

Analogamente v. ancóra MEROLA CHIERCHIA 1978, 202-204: «questo, oltre che attagliarsi meglio alla logica e allo spirito della prima parte dell'art. 12, serve a spiegare, in maniera forse più soddisfacente, quel termine "proprio" del quale si è spesso discusso e non sempre in modo lusinghiero. La frase avrebbe avuto egualmente senso compiuto se il legislatore avesse parlato semplicemente di "significato delle parole secondo la connessione di esse". Quel "proprio", che apparentemente poco o nulla aggiunge alla proposizione, può avere tuttavia un significato più ampio di quello che comunemente gli viene attribuito: poiché le parole talvolta possono avere diverse accezioni sia nel linguaggio comune, sia nel linguaggio tecnico (giuridico), l'interprete deve tener conto, tra le varie accezioni possibili, di quella "propria" che le parole assumono nella (o secondo la) connessione nella quale vengono a trovarsi con le altre parole. A tale soluzione si potrebbe riconoscere il merito di fornire una giustificazione in un certo senso più completa a questo primo precetto dell'art. 12 – che pur è stato talvolta ritenuto superfluo o addirittura inutile – ove il termine 'proprio' venga riferito, come si è detto, non tanto al significato che ciascuna parola può assumere quando venga considerata isolatamente, in rapporto al linguaggio comune o al linguaggio giuridico, quanto al significato che la parola stessa *riceve* dalle altre che compongono la proposizione o le proposizioni che vi si accompagnano, o financo dall'insieme del testo nel quale queste sono inserite; e, quel che più conta è che tale significato attinga non dal rapporto con un generico linguaggio giuridico, bensì dall'incontro con la particolare terminologia tecnica propria di ciascun ramo del diritto. Sotto questo profilo può riguardarsi con rinnovato interesse allo strumento letterale, specie per la interpretazione della Costituzione, che, come è noto, presenta da un lato espressioni improntate ad un particolare significato tecnico proprio della materia regolata, e dall'altro riproduce concetti mutuati da altri rami del diritto, ond'è che nell'analisi della logica linguistica delle norme costituzionali non può non assumersi come un elemento essenziale il riferimento a quella particolare inflessione terminologica, che è il prodotto del processo di integrazione e di omogeneizzazione cui soggiacciono le parole e le espressioni inserite nel testo costituzionale».

sottolineato come

> «l'enunciato muove dalla distinzione, di netta impronta linguistica non sempre ben captata, tra significato e senso, che riflette gli insegnamenti della linguistica strutturale. Il collegamento del significato alla "parola" indica che, per l'ordinamento, vi è tra significato e parola associazione tra significato e significante, nella quale lo strutturalismo identifica il segno linguistico»[103].

Il criterio interpretativo in questione, pertanto, non solo non divergerebbe dalle regole interpretative di carattere grammaticale e sintattico, ma semmai le recepirebbe, esplicitandone il contenuto (già linguisticamente vincolante) per l'interprete:

> «dalla formulazione dell'enunciato risulta che non si può attribuire alla "legge" un senso diverso da quello fatto palese dal significato proprio della parola, secondo la connessione di quest'ultima con le altre parole della frase e del discorso e dalla intenzione del legislatore. Nella indefinita gamma di possibili sensi da attribuire alla legge, pertanto, la scelta va operata secondo precise regole semantiche. La limitazione al senso, fatto palese dal significato delle parole usate dal discorso legislativo, corrisponde esattamente a una considerazione della cosiddetta linguistica testuale: la significazione globale è diversa dalla somma dei significati delle singole parole e delle singole frasi, in quanto in un testo le parole e le frasi assumono la loro esatta connotazione e perdono o riducono la ambiguità semantica. Circoscritta l'area semantica ai soli elementi costitutivi del messaggio-testo, la significazione si opera sull'insieme di tali elementi, tassativamente indicati nelle parole, tutte e solo le parole che formano il discorso legislativo: "... il senso fatto palese dal significato proprio delle parole ..." e non da quello di altri elementi»[104].

Ciò che – con perfetta, ma curiosa (a)simmetria – per taluni sostanzierebbe una mera "riproposizione dell'ovvio"[105], e per altri impedirebbe addirittura il

Un esempio emblematico, fra i tanti possibili, di come il senso della locuzione "significato proprio delle parole" possa letteralmente esplodere quanto a riferimenti ipotizzabili (sostanzialmente vanificando l'univocità del relativo precetto), una volta disgiunta dal suo "prosieguo proposizionale" ("secondo la connessione di esse") è offerto da CHIASSONI 1999, 501-503.

[103] PINO A. 1996, 271, ove pure si precisa come «il collegamento del senso alla "legge" indica che, per l'ordinamento, la "legge" è intesa come un discorso unitario e coordinato e non come una giustapposizione di disposizioni, dal momento che la attribuzione del senso coincide con quanto in linguistica si designa come significazione globale di un messaggio-testo». Per la ripresa dell'idea che il significato proprio delle parole secondo la loro connessione, spesso indicato con l'espressione "significato letterale", si risolva in quello dell'enunciato (a sua volta inserito nel contesto del più generale discorso) legislativo v. anche POGGI 2007, 169 ss.

[104] PINO A. 1996, 272.

[105] Si vedano in proposito le note critiche di BOBBIO 1938, 125 all'alinea dell'allora art. 3 (coincidente con l'attuale art. 12) delle Preleggi, laddove osservava «che [...] dica cose ovvie e banali, non par dubbio. È davvero necessario avvertire che alla legge "non si può attribuire altro senso che quello fatto

funzionamento della sedicente logica "interna" all'atto ermeneutico[106], otterrebbe così un duplice "effetto escludente".

Per un verso, infatti, implicherebbe l'irrilevanza nel processo di significazione di ogni fattore extra-testuale:

> «la limitazione dell'area semantica alla sola "legge" comporta che al di fuori del testo, in cui sono reperibili le parole, con le quali è fatto palese il senso globale da attribuire al discorso legislativo, non esistono altre parole, cui attribuire il medesimo ruolo. Ciò non implica scindere il linguaggio dalla esperienza e formalizzarlo, fino al punto di renderlo asignificativo, ma comporta che la indagine del giurista per la significazione va rivolta al linguaggio, in quanto strumento del testo significante e non al fatto e agli aspetti economico-sociali che sono extratestuali e oggetto di altre discipline»[107].

Per altro verso sarebbe invece escluso il ruolo nella metodologia interpretativa d'ogni possibile "considerazione sugli effetti":

palese dal proprio significato delle parole, secondo la connessione di esse"? Forse che potrebbe mai sorgere il dubbio che si debba attribuire alle parole della legge un significato diverso da quello che hanno e collegarle fra loro con regole diverse da quelle che servono per tutti i discorsi? Tanto valeva allora aggiungere che le parole della legge devono essere lette da sinistra a destra e non da destra a sinistra. Nella cieca venerazione di questa banalità giocano efficacemente le vecchie massime, ritenute il succo di una sapienza millenaria, mentre altro non sono spesso che un florilegio di luoghi comuni».

[106] V. per questa posizione PARESCE 1972, 223, che con riferimento appunto all'art. 12, primo comma, delle Preleggi, annota: «disposizione questa quant'altra mai infelice perché la sua testuale osservanza condurrebbe ad escludere tutte le forme d'interpretazione che l'interna logica dell'ermeneutica rende immanente in ogni nostro sforzo di penetrare ciò che ci viene comunque trasmesso». In senso analogo FROSINI 1994, 98 laddove, sempre con riferimento all'art. 12, osserva come occorra «procedere ad una lettura critica delle disposizioni normative in esso contenute, giacché *è opportuno demistificare questo manifesto intellettuale e rileggerlo secondo una metodologia adeguata ed aderente alla realtà dell'operazione ermeneutica*».

[107] PINO A. 272, ma cfr. anche ivi, 273, ove si ricorda come «la indagine del giurista è circoscritta entro i rigorosi limiti del testo, che costituisce peraltro l'oggetto esclusivo della ricerca ed è quindi irrilevante quanto è estraneo, come, ad esempio, i riferimenti storico-culturali, le proposte, le intenzioni psicologiche. La norma vieta al destinatario di sostituire la propria ideologia alla connotazione, costituita dalla struttura delle connessioni grammaticali, sintattiche, semantiche tra le parole e in una certa misura da quelle pragmatiche dall'intero sistema del testo e una propria valutazione a quella storico-sociologica, effettuata e obbiettivata dal legislatore mediante la formalizzazione. La sostituzione comporterebbe una "interpretazione aberrante", con la quale si giungerebbe alla rappresentazione di un testo diverso da quello posto come oggetto della indagine e si altererebbero o si invertirebbero i parametri della liceità».

Rispetto all'irrilevanza dei fattori extra-testuali secondo quanto disposto dal canone interpretativo dell'art. 12 Preleggi, v. anche GIULIANI 1982, 219: «la fedeltà al noto brocardo (*in claris non fit interpretatio*) permette di eliminare le incompatibilità che non derivano dall'ambiguità del testo, ma dalle circostanze del caso. La prevalenza del testo sottrae al giudice l'indagine sulle conseguenze pratiche, sociali, economiche della sua decisione: non può sostituirsi al legislatore – con una interpretazione *contra legem* – neppure in presenza di una soluzione assurda, illogica, iniqua. La legge deve essere interpretata nel suo contenuto oggettivo, in quanto all'interprete è preclusa l'indagine sugli scopi del legislatore».

> «la indagine sulla connessione di una parola con le altre parole non è diretta alla "ragionevolezza", alla adeguatezza, alla equità (in senso lato) delle relazioni tra parole, ma all'esame della posizione che dal profilo della struttura logica, ogni parola ha nell'interno della singola frase e dell'intero testo dell'ordinamento normativo»[108].

A essere richiesto, insomma, parrebbe proprio quell'atteggiamento di fedeltà "filologica"[109] al senso del discorso legislativo, che solo parrebbe in grado di assicurare all'enunciato legislativo la possibilità di ergersi realmente a «misura [della] discrezionalità giudiziaria, la quale deve certo volgere dall'esterna letteralità agli interni significati, dal di fuori al di dentro, ma non andare oltre, degradando il testo a pre-testo di entità immaginarie»[110], con la sua forse sgradita, ma assai logica conseguenza che

> «per quanto concerne la formazione del senso globale, [...] se viene attribuito un senso diverso, da quello delineabile con le regole semantiche generiche e specifiche, questo senso non è riconoscibile come quello della "legge", non è partecipe di funzione prescrittiva, ed è privo del carattere giuridicamente vincolante: non è norma giuridica»[111].

3.2.2. (segue) *L'"intenzione del legislatore"*

Indicazioni del tutto convergenti con quanto appena affermato derivano poi dall'analisi del secondo criterio interpretativo previsto dall'art. 12, primo comma, delle Preleggi, vale a dire l'intenzione del legislatore, che a sua volta parrebbe recepire una regola linguistica chiave di ogni forma di comunicazione, a maggior ragione se prescrittiva.

Essendo il legislatore, come più volte si è segnalato in queste pagine, l'*emittente* linguistico degli enunciati normativi, che la sua intenzione possa determinare in

[108] PINO A. 1996, 274.

[109] V. FROSINI 1990, 14, dove si afferma che «l'interpretazione giuridica concepita come interpretazione linguistica, come attività di rielaborazione semantica del linguaggio normativo, mette in evidenza i suoi tratti fisionomici di indole legalistica e formalistica, per cui l'opera dell'interprete viene considerata come strettamente condizionata dal testo delle parole della legge o della sentenza (nel caso del diritto basato sui precedenti giudiziari); si ritiene perciò che l'interprete sia tenuto alla maggiore fedeltà possibile nei confronti della (ipotetica) intenzione espressa dal legislatore. Come prescrive l'art. 12 delle "Disposizioni sulla legge in generale", premesse al codice civile del 1942: "Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dall'intenzione del legislatore". L'interprete è dunque chiamato a svolgere un compito di filologia giuridica, che è quello di riconoscere il senso autentico delle parole adoperate nel testo della legge; di logica giuridica, in quanto egli stabilisce una connessione dei termini secondo un principio di razionalità; di interpretazione giuridica, ma solo in quanto egli converte o traduce in parole appropriate l'intenzione originaria del parlante (cioè il legislatore); si potrebbe perciò definire tale attività ermeneutica di tipo "testuale"».

[110] IRTI 2016, 85.

[111] PINO A. 1996, 277.

modo rilevante il processo di corretta significazione degli stessi (enunciati) parrebbe la più assoluta delle ovvietà. L'intera attività del Parlamento e di qualsiasi altro organo normativo (monocratico o collegiale) non si riuscirebbe neppure a spiegare senza ammettere che i relativi componenti, nel momento in cui discutono, dibattono, litigano, votano e licenziano testi *intendano* (per lo meno) veicolare con essi dei precetti idonei a condizionare il comportamento dei relativi destinatari[112].

Eppure, per quanto possa suonare paradossale, con riferimento all'*intentio legislatoris* non sono stati pochi gli sforzi da parte della dottrina a sostegno della tesi secondo cui, prendendo a prestito le parole di Milan Kundera, «non occorre tenerne conto, come di una guerra fra due Stati africani del quattordicesimo secolo che non ha cambiato nulla sulla faccia della terra, benché trecentomila negri vi abbiano trovato la morte tra torture indicibili»[113].

Facendo leva sulle (reali, ma spesso sopravvalutate) disanalogie tra l'intenzionalità di un singolo soggetto e quella dei soggetti collettivi[114], si è asserita addirittura la (controfattuale) inesistenza di quest'ultima – forse senza neppure rendersi conto che in tal modo si vorrebbero del tutto prive di intenzionalità pure le assemblee di condominio o le S.p.a.![115] – predicandone la necessaria "surroga" tramite una qualche (immaginaria) volontà astratta "oggettivata".

A tal proposito, è stato opportunamente osservato che «i seguaci dell'interpretazione teleologico oggettiva si sono preoccupati principalmente di criticare con

[112] Come opportunamente segnala PINO A. 1996, 285, «Il legislatore non dice per dire, ma dice per prescrivere; non comunica enunciati per farli leggere, ma per indirizzare anche coattivamente la condotta dei destinatari: ciò che giunge a scrittura è il discorso, in quanto intenzione di dire e la scrittura è una diretta esteriorizzazione di questa intenzione. La intenzione del legislatore è la intenzione del testo, è ciò che il testo "prescrive", ciò che vuole dire a chi è disposto ad obbedire alle sue ingiunzioni, è la esteriorizzazione intenzionale, che costituisce lo scopo stesso del discorso o, come tradizionalmente si dice, la *ratio*».

[113] KUNDERA 1984, 13.

[114] SCARPELLI 1984, 164: «la teoria, e la prassi, dell'interpretazione giuridica concernente atti linguistici produttivi di diritto sono state in lunga tradizione caratterizzate da un'impostazione e da una terminologia derivanti dall'interpretazione degli atti linguistici individuali: si pensi per esempio alla consueta formula, ancora presente nel vigente codice civile all'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale, secondo cui l'interpretazione della legge deve volgersi alla "intenzione del legislatore". Quest'impostazione è ormai superata e abbandonata; la consapevolezza dei complessi procedimenti per cui passa nelle forme di stato contemporanee la produzione del diritto esclude che in ogni caso di produzione del diritto mediante atti linguistici si possa davvero ravvisare un atto individuale, dietro il quale stiano la psiche, la volontà e l'intenzione di un individuale autore. La capacità di resistenza della vecchia terminologia mostra peraltro una grossa difficoltà a reperire una diversa e adeguata sistemazione teorica di fondo per l'interpretazione degli atti non riducibili ad atti linguistici individuali».

[115] Sottolineavo questo aspetto già in VIGNUDELLI 2013d, 563, facendo osservare come «tanto i consigli di amministrazione delle S.p.a. quanto le più prosaiche assemblee di condominio assumono regolarmente delle decisioni che devono essere eseguite (e dunque dettano *regole* che uno o più esecutori designati debbono *applicare*) eppure nessuno sembrerebbe paventare che la relativa semantica sia sconvolta da chissà quali "tempeste siberiane" e lo stesso dicasi per l'ipotesi ancor più domestica della coppia di genitori che "catechizza" il proprio figlio, spiegandogli appunto quel che può, deve o non deve fare».

dovizia di argomenti la tesi soggettiva, ma poco hanno detto per indicare i criteri utili a rintracciare la o le finalità oggettive della legge»[116]. Da quanto hanno talora anche autorevolmente esplicitato, tuttavia, non parrebbe azzardato suggerire che non di rado si sia inteso così celebrare il passaggio da un sobrio "*less is more*" a un più irridente "*less is a bore*".

Per dirla con Gustavo Zagrebelsky, invero

> «in un primo momento, si pensava al legislatore storico, di cui si trattava di ricostruire l'effettiva volontà contenuta nella legge. Quindi il legislatore storico-concreto fu rimpiazzato dal legislatore come astrazione, soggetto ideale che avesse emanato la legge nel momento in cui occorreva applicarla. Era già una grande trasformazione. Appariva manifesto il continuo risorgere delle esigenze applicative del diritto e la necessità d'una sua trattazione orientata da quelle esigenze. "La legge è più perspicace del legislatore", è il motto paradossale di questa trasformazione. Per rendere il diritto legislativo sensibile alle esigenze pratiche, attraverso una finzione, un puro e semplice espediente teoricamente privo di basi, lo si oggettivizzava per poterlo trattare più liberamente attraverso l'interpretazione evolutiva»[117].

La natura *politicamente* tutt'altro che innocente – fin dalla scelta lessicale, che spaccia per "oggettivo" ciò che invece è soggettivamente posto dallo stesso interprete[118] – di tale "stratagemma", è stata ampiamente e da tempo indagata in letteratura[119]. Come ottimamente sintetizza Riccardo Guastini,

[116] VELLUZZI 2013, 42.

[117] ZAGREBELSKY 1992, 180. V. in argomento anche VILLA 1974, 127: «l'interpretazione oggettivistica dell'intenzione del legislatore tende a produrre una frattura fra mondo delle norme e mondo del legislatore. L'intenzione del legislatore non è più la volontà di questi, ma la volontà obiettiva della legge stessa».
Perspicuamente ROSS 1958, 116, secondo il quale l'interpretazione basata sul concetto di legislatore astratto «può trasformarsi in una costruzione ideale in aperto conflitto con l'intenzione dell'autore. Le varie interpretazioni di Kant, per esempio, non mirano ad accertare ciò che Kant "realmente intendeva" e le risposte di Kant, se lo si potesse interrogare, non sarebbero decisive per stabilire l'interpretazione "giusta". Queste interpretazioni rappresentano piuttosto dei ripensamenti dell'intera opera dell'autore ed hanno una profondità intenzionale maggiore di quella che l'opera stessa possiede. Esse costruiscono un ideale di logica coerenza entro il sistema, che è falso rispetto ai fatti, e tendono ad un significato ideale ipotetico piuttosto che al significato di Kant come un fatto storico-psicologico. Ma un "ripensamento" può essere fatto in più modi, a seconda di ciò che si consideri il punto veramente importante del sistema. Interpretazioni di questo tipo sono quindi valutative e creative e stanno al di là di una vera e propria interpretazione nel senso in cui il termine è qui usato».

[118] La sottolineatura del dato "fraudolento" della c.d. interpretazione oggettiva è stata ancora di recente ribadita da Rüthers citato in PEDRINI 2015a, 214: «quella che erroneamente è denominata interpretazione "oggettiva" al posto dei fatti storici oggettivi mette la propria *soggettiva* visione della giustizia. E la chiama "oggettiva"!».

[119] La critica del concetto di "volontà oggettiva" della legge e del metodo interpretativo c.d. oggettivo su di essa imperniato è da sempre al centro delle riflessioni di Bernd Rüthers. Cfr. RÜTHERS 2012 (prima edizione: 1968) e 2014.

> «naturalmente, fare appello alla volontà della legge, in quanto cosa diversa dalla (relativamente) concreta volontà del legislatore, e specialmente quando si tratti di leggi recenti, non è che un modo per eludere, accantonare, o sabotare la politica del diritto perseguita dagli organi legislativi, sostituendo ad essa la politica del diritto dell'interprete»[120].

In un ragionamento che verte sulla correttezza nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto, tuttavia, ancor più decisiva dell'opinabilità politica risulta la completa *insostenibilità epistemica* di una *mens legis* "fittizia"[121], nella quale invariabilmente «il ragionamento passa da una disposizione all'altra, da un istituto all'altro, da un sistema di istituti ad altri sistemi e via di seguito, per perdersi in una congettura incontrollata e incontrollabile»[122].

Il criterio dell'intenzione del legislatore, dunque – se vuol essere inteso seriamente –, non soltanto *può*, ma *deve* essere inteso in senso "soggettivo", riferito cioè all'*emittente reale* e alla relativa intenzione nella sua concretezza (il che, peraltro, nulla toglie alla "oggettività" della metodologia interpretativa in questione)[123].

Sul punto cfr. anche QUADRI 1974, 224: «la dottrina tedesca alla quale manca, per l'interpretazione della legge, ogni supporto nel corpo del diritto positivo, ha potuto sbizzarrirsi *antropoformizzando* anche la legge come dato obiettivo, staccato dalla mente del suo autore storico, facendola apparire come portatrice di una propria volontà, di propri fini, di una propria ragione, di propri sentimenti e di ideologie che naturalmente ognuno può leggervi a suo modo, aprendo il campo a congetture che rimettono il tutto in discussione, ancora in maggior misura di quanto possa verificarsi seguendo la teoria storico-subiettiva che ricerca la volontà del legislatore comandante».

[120] GUASTINI 2004, 151, nt. 49.

[121] Cfr. BETTI 1949, 165: «così spersonalizzata, la presunta volontà della legge si riduce alla ipostasi o finzione di una "volontà collettiva" che, ove si concepisca come qualcosa di parallelo alla volontà individuale (la sola che ci è dato osservare come fenomeno psicologico), non trova riscontro nella realtà sociale più di quanto vi trovi riscontro una "coscienza collettiva"».

[122] QUADRI 1974, 253.

[123] V. sul punto, le efficaci osservazioni di ROSS 1958, 115, quando egli annota come «si distingue spesso tra una interpretazione cosiddetta soggettiva ed una interpretazione oggettiva; la prima mirerebbe a scoprire il significato secondo l'intenzione, cioè secondo l'idea che ispirò l'autore e che questi voleva comunicare, mentre la seconda mirerebbe a stabilire il significato comunicato, cioè il significato che è insito nella comunicazione come tale, considerata come un fatto oggettivo»; e tuttavia poi giustamente s'osserva (*ibidem*) come «se si ritiene di poterla fondare su un assoluto contrasto tra intenzione e comunicazione, tra volontà e dichiarazione, questa distinzione non regge. Da un lato, l'intenzione, essendo un fenomeno interno della coscienza, è fondamentalmente inaccessibile. Quel che noi intendiamo con la interpretazione soggettiva è in realtà l'interpretazione che raggiungiamo quando si prende in considerazione non soltanto l'enunciato linguistico, ma qualsiasi altro dato interpretativo rilevante: il contesto e la situazione, nonché le concezioni politiche e filosofiche dell'autore, gli scopi dichiarati e presunti nel formulare un enunciato e così via». E cfr. ancora ivi, 115 s.: «la differenza tra interpretazione soggettiva e interpretazione oggettiva non può quindi essere rintracciata in un contrasto fra gli scopi dell'interpretazione (significato voluto in contrapposto al significato dichiarato). Ogni interpretazione parte dalla comunicazione e cerca di arrivare all'intenzione. La differenza consiste nei dati interpretativi presi in esame. L'interpretazione soggettiva si vale di qualsiasi circostanza che possa gettar luce sul significato, in particolare di tutte le circostanze personali e fattuali connesse con la formazione dell'enunciato e con la sua formulazione. L'interpretazione oggettiva si limita ai dati

Così ricostruita, l'intenzione del legislatore viene a costituire una *specificazione storicizzata* del precedente criterio relativo al significato proprio delle parole secondo la loro connessione[124]. L'intenzione del legislatore, in altri termini, *non si contrappone* (neppure astrattamente) al, ma semmai consente di *precisare* il significato espresso dalle parole del documento normativo "secondo la loro connessione", circoscrivendo al minimo i casi di (obiettiva) polisemia linguistica delle disposizioni ed insieme lo spettro di vaghezza rilevante della norma[125].

discernibili nella situazione in cui chi riceve la comunicazione percepisce l'enunciato. La differenza è più chiara se la situazione in cui l'enunciato è percepito differisce dalla situazione in cui esso venne formulato. Se, per esempio, oggetto di interpretazione è un'opera letteraria del passato, un'interpretazione soggettiva sonderà le principali concezioni culturali dell'epoca e la vita dell'autore nella speranza di trovare la chiave per comprendere l'opera; mentre una interpretazione oggettiva ignorerà tutto ciò, e cercherà di intendere l'opera nel suo contenuto ideale "immanente". Ciò non significa, tuttavia, che l'interpretazione oggettiva sia meramente linguistica. Come sarà sottolineato [...] la fiducia in una "interpretazione letterale" è illusoria. L'interpretazione conterà sempre su altri fattori, ed in particolare su congetture circa l'"idea", lo "scopo", l'"intento" associati alla parola. La effettiva consapevolezza del fatto che si abbia a che fare con un poema o con un'opera scientifica o con una legge e così via, è fondamentale. L'interpretazione oggettiva rifiuta semplicemente di cercare informazioni sull'intenzione mediante lo studio del modo con il quale la parola venne usata. *In questo modo l'interpretazione oggettiva, in ovvio contrasto con quanto il termine farebbe pensare, acquista un sapore di maggiore indeterminatezza ed arbitrarietà in confronto alla interpretazione soggettiva*» (corsivo mio). Ancor più chiaramente ivi, 135: «proprio perché l'interpretazione oggettiva respinge certi dati interpretativi (i lavori preparatori della legge) e si tiene aggrappata soltanto al testo, essa spesso condurrà a risultati più indefiniti che non l'interpretazione soggettiva, lasciando così più ampio margine alla libertà del giudice. In un certo senso, quindi, l'interpretazione "oggettiva" è più soggettiva di quella soggettiva».

[124] In argomento cfr. ora LUZZATI 2016a, 294: «Se c'è un perfetto candidato a ricoprire il ruolo di interpretazione letterale, questa è l'interpretazione ancorata al contesto storico in cui la legge è stata redatta».

Sull'aspetto di "fissazione" dei significati del documento normativo al momento della sua produzione – e insieme sui rischî che possono derivare dalla sostituzione dell'intenzione del legislatore *storico* con l'*astratta* "volontà della legge"– cfr. già CARNELUTTI 1936, 109: «il pericolo più grave riguarda la possibilità di confondere tra quello che fu lo *scopo del dichiarante* e quello che sarebbe stato lo *scopo dell'interprete* (se si fosse trovato al posto del legislatore) cioè di sostituire la valutazione degli interessi da raggiungere fatta dall'interprete alla valutazione fatta dal legislatore. [...] La *intenzione del legislatore* non è lo *scopo della legge*, ma *quello che apparve scopo della legge a chi la ha formulata*; non ciò che *può o deve essere* lo scopo *secondo chi la applica oggi*, ma ciò che *è stato ieri secondo chi la ha fatta*. Così non è tanto perché non possa essere altrimenti, quanto perché così vuole la norma di interpretazione contenuta nell'art. 3 disp. prel. [dalla formulazione identica a quella del primo comma dell'attuale art. 12 delle Preleggi, n.d.a.], ove si parla, appunto, di *intenzione del legislatore*, non di *scopo della legge*. Che, in questo modo, sia impedita la c.d. interpretazione *evolutiva* delle norme giuridiche perché l'interprete deve star fermo a quello che fu lo scopo tenuto presente al momento della loro formazione anziché a quello che potrebbe essere nel momento della loro applicazione, il che corrisponde a una concezione statica anziché a una concezione dinamica del diritto, è una verità; ma questa è appunto la volontà del legislatore chiaramente manifestata nel primo comma dell'art. 3 disp. prel.».

[125] Insiste (a buona ragione) su questo aspetto soprattutto IRTI 1996, 150-153: «l'art. 12 prescrive all'interprete di adottare il "significato proprio delle parole secondo la connessione di esse". Il criterio della connessione, o dell'unità sistematica, designa l'*uso del contesto verbale*, che nel contratto si restringe alle clausole del singolo accordo (art. 1363), e nella legge si dilata a tutte le norme di un dato ordinamento. Ma "*significato proprio*" e "*senso letterale*" *sono espressioni identiche*, e si riferiscono al medesimo fenomeno? Non sembra utile di fermarsi su 'significato' e 'senso', quanto su 'proprio' e 'letterale'. Senso (o significato) letterale, contrapposto alla comune intenzione, è il *senso del codice*

L'intenzionalità di cui si può e si deve tener conto nel "protocollo interpretativo", insomma, molto più della (spesso dubbia e congetturale) volontà *pratica* o "degli effetti", è un'intenzionalità *linguistica*. Come ben esprime Vito Velluzzi, infatti,

> «l'intenzione del legislatore può essere intesa anche in un senso non teleologico, riferendola, cioè, a ciò che il legislatore *voleva*, *intendeva dire* e non a ciò che voleva, intendeva fare. Si tratta di tener conto dell'intenzione comunicativa del legislatore, senza associarvi necessariamente uno o più scopi»[126].

Detta intenzione comunicativa del legislatore – che mi pare ampiamente coincidere con quanto emerge dalla più attenta riflessione americana sull'*original intent*[127] – s'inferisce direttamente da un'oggettiva constatazione "storico-fattuale" (e in questo senso "oggettiva")[128] riferita alle sue conoscenze linguistiche di *background*, qualcosa

generale: la letteralità indica una sorta di *visibilità sociale*, sicché tutti i parlanti – mittenti o destinatarî di messaggi linguistici – attribuiscono alla parola lo stesso contenuto. Significato proprio, messo accanto ad intenzione del legislatore, è il *significato corretto*: la proprietà indica l'*adeguatezza tecnica*, la congruenza con la materia in esame. Così, senso non letterale è il *senso individuale*; e significato non proprio è il *significato scorretto*. Orbene, il significato proprio si precisa e determina nel contesto verbale ("secondo la connessione di esse"), ed è definitivo ed *inattaccabile* con altre risorse interpretative. La intenzione del legislatore non può né minacciarlo né scalfirlo, poiché esso è chiuso nella adeguatezza tecnica e nella coerenza con la materia disciplinata. La proprietà di significato, desunta dal contesto verbale, resiste a qualsiasi indagine sull'intenzione del legislatore. A quest'ultima si dischiude un altro campo di esercizio. Il senso della legge, fatto palese dall'intenzione del legislatore (per stare al tenore dell'art. 12) *è sempre e soltanto senso di parole*. Il senso della legge non è ricavabile dall'intenzione del legislatore, dacché – ribadiamo – è senso di parole: interpretabili bensì alla luce dell'intenzione del legislatore. Questa non può esprimere, come tale, il senso della legge, cioè il senso del testo linguistico indirizzato dal legislatore. Essa è invece chiamata, al pari della comune intenzione delle parti, a *sciogliere i casi di polisemia*, cioè a superare l'ambiguità delle parole. Il contegno del legislatore, ossia lo *sviluppo storico e politico*, da cui è desumibile lo scopo perseguito, serve, non già a esprimere il senso della legge, ma a selezionare entro la pluralità dei significati possibili».

[126] VELLUZZI 2013, 74.

[127] Anche la dottrina americana "originalistica", infatti, si è progressivamente spostata da una concezione dell'intenzione del legislatore come rappresentazione psicologico-mentale dei soggetti normanti al momento dell'adozione di un testo (segnatamente: la Costituzione americana), ad una idea di intenzione come intento che avrebbero ascritto, alle parole della Costituzione, i consociati del tempo d'adozione.

È la nota transizione dall'*Old originalism* al *New originalism* descritta in WHITTINGTON 2004, 607. Naufragato il primo originalismo per le critiche esterne (cfr. POWELL 1985, 948) e le incongruenze interne (il celebre *summing problem* puntualizzato da Paul Brest, creatore del termine *originalism* e suo primo critico: cfr. BREST 1980, 215), il suaccennato passaggio dall'intento dei costituenti («*original intent originalism*») alla comprensione originaria («*original meaning originalism*») è avvenuto con l'opera di tre diversi autori: MONAGHAN 1988, 723-773; SCALIA 1989, 852, e, infine, con chiaro manifesto dell'*original meaning* di BORK 1991, 144.

Sul tema può essere utile la consultazione anche di BORK 1986, 823-832; DWORKIN 1996 e 1997.

[128] Come osserva LUZZATI 2000, 77, del resto, «è chiaro che chi interpreta fa uso di una serie di conoscenze *fattuali* derivanti dal contesto comunicativo. E quando simili conoscenze mancano del tutto,

di molto simile a quelli che Francesco Denozza ha efficacemente chiamato "plessi informazionali"[129].

In tal modo, tanto l'intensione (il concetto astrattamente comunicato) quanto l'estensione (gli oggetti del mondo concretamente denotati) dei termini e degli enunciati legislativi vengono a essere opportunamente precisati in rapporto al momento storico della loro enunciazione (= pubblicazione). Si potranno infatti così individuare (per lo meno) i «casi certi, corrispondenti a quelli che gli autori della norma si prospettavano come casi di sua applicazione, sulla base delle informazioni che tutti possedevano, e delle valutazioni che tutti condividevano, al momento dell'emanazione della norma stessa»[130], i quali saranno frutto di corretta interpretazione e – eventualmente, allorché ne ricorrano i presupposti (lacune) e secondo le relative procedure (*analogia legis* e *juris*) – possibile piattaforma per una successiva integrazione dell'ordinamento.

Forse tutto questo non basterà a soddisfare i fautori più ferventi delle perenni esigenze evolutive del diritto[131], ma a costoro si potrà allora conclusivamente ricordare, sempre con Rolando Quadri, che

> «l'esperienza giuridica ci consente di constatare che quando il *ricambio giuridico* ad opera del legislatore, in periodi di rapida trasformazione sociale, si fa troppo attendere, possono verificarsi degli sfasamenti gravi nel funzionamento della giustizia, nel senso che talune disposizioni antiquate non riescono più a fare presa sull'oggetto della loro disciplina, sollecitando spontanee reazioni dell'ambiente sociale che possono anche premere irresistibilmente sul giudice, facendolo apparire come più o meno creatore esso stesso del diritto, quasi

o sono deficitarie, in colui che cerca di capire la comunicazione, esse vanno acquisite, pena il *fraintendimento* o l'*incomprensione* di ciò che viene detto».

[129] DENOZZA 1995, 1 ss., *passim*. Cfr. spec. ivi, 37 s.: «si tratta [...] di vedere se per le norme esista un nucleo di informazioni in grado di svolgere una funzione analoga a quella che è svolta, in riferimento al linguaggio comune, dallo stereotipo. Io credo che questo nucleo esista, e che sia costituito dall'insieme delle informazioni possedute dal legislatore al momento dell'emanazione della norma. Il riferimento alle informazioni considerate dal legislatore, ed alla sua intenzione di applicare la norma ad alcuni, e non ad altri, casi, tutti valutati sulla base di queste informazioni, interrompe il giochetto consistente nell'aggiunta di informazioni destabilizzanti alla descrizione, necessariamente incompleta e selettiva, di un qualsiasi caso prospettato. Questo riferimento consente non solo di circoscrivere il contesto rilevante, ma anche di *stabilizzarlo* [...]. La tesi qui prospettata *non* pretende di utilizzare l'intenzione del legislatore come fattore tendenzialmente idoneo a circoscrivere l'*esatto* àmbito di applicazione di una norma [...]. In particolare, non esiste alcuna necessità di supporre che gli autori del testo normativo possedessero una chiara percezione degli obiettivi della norma, né di supporre che tali obiettivi fossero coerenti, né che fossero condivisi da tutti i votanti. Basta supporre che esistesse un nucleo comune di informazioni e di valutazioni, tale da consentire l'identificazione di un pur circoscritto numero di casi cui tutti gli autori intendevano che la norma fosse applicabile».

[130] DENOZZA 1995, 37 s.

[131] Per tale impostazione, cfr. già ASCOLI 1928, 94. Più recentemente, v. PERLINGIERI 1985, 999: «Ordinamento e Vita in continuo, incessante parallelo mutamento postulano un'interpretazione in chiave storico-evolutiva della lettera della legge».

che l'inerzia del legislatore consentisse al giudice di atteggiarsi a *negotiorum gestor* dell'ordinamento. [...] Resta da vedere, però, se sia buon metodo quello che consiste nello svalutare l'importanza del fattore legislativo, rispetto al dato giurisprudenziale, avendo riguardo alla *patologia* dell'ordinamento, che appunto può essere avvertita nei casi limite, che non si prestano a facili e irresponsabili generalizzazioni. Una cosa è dire che la legge non è assolutamente incorruttibile e che anche essa non si sottrae all'usura del tempo, altra cosa è detronizzare la legge generalizzando esperienze assolutamente eccezionali di disfunzione legislativa prolungata attraverso ere differenti. Invece sono molti coloro la cui miopia giunge a tal punto da violentare la legge per sovvenire ai più modesti inconvenienti, quasi che la legge dovesse essere un'opera perfetta, duttile, capace di adattarsi automaticamente ad ogni mutamento di ambiente e di soddisfare ogni esigenza in piena logicità e coerenza. È chiaro che se la legge è astratta e generale e se suo compito è al contempo quello di dare il *certum juris*, nei limiti del possibile, *adducere inconveniens non est solvere argumentum*. Ogni legge, anche la più giusta, deve far pagare un prezzo, se si vuole che la sua rigidità e stabilità gli consentano di distribuire generosamente i suoi benefici. Scuotere l'autorità della legge, violentarla, per integrarla o completarla, per mutilarla o sopprimerla, sia pure nell'intento di eliminare gli inconvenienti che la sua astrattezza e generalità comportano, non può essere il compito del giurista, ma dell'azzeccagarbugli. *Dura lex, sed lex* è vecchio principio di saggezza che, come tale, deve rappresentare la direttiva prima per il giurista nello Stato di diritto, che mal sopporta una "rivalità" fra giudice e legislatore»[132].

3.2.3. *Interpretazione del diritto e correttezza giuridica (secondo intermezzo)*

Questa prima analisi del dato ordinamentale positivo consente di ritenere acquisiti alcuni dati di primaria importanza per l'indagine che qui ci occupa. Si è infatti mostrato come, oltre alle *regole linguistiche* connaturate al tipo di atto comunicativo (discorso scritto in forma prescrittiva), esistono anche *specifiche norme giuridiche* a disciplinare la significazione degli enunciati legislativi.

[132] QUADRI 1974 202-203.
Analogamente v. anche MEROLA CHIERCHIA 1978, 137 s.: «quando si sostiene la necessità di accedere a "forme di interpretazione" che adeguino le leggi esistenti alle esigenze storiche e si afferma che negandosi tale possibilità si nega la storicità del diritto e con essa la sua possibilità di attuare la giustizia; e così quando si afferma che la "metodologia dell'interpretazione politica del diritto" consiste nel far prevalere nella scelta dei significati delle norme quelli che meglio si adeguano "agli interessi contingenti o permanenti del sistema o delle classi che in esso detengono il potere politico od economico", ed ancora che il sistema giuridico nelle sue singole norme va interpretato "nello spirito di quella *costituzione materiale* che ne costituisce la norma fondamentale" (suscettibile di variazioni ad opera della legislazione successiva, che, a sua volta, fa parte del sistema) si finisce col voler ricondurre nell'ambito dell'interpretazione giuridica l'apprezzamento di valori che sono in realtà al di fuori del sistema formale; così come avviene quando si vuol dare all'interprete la facoltà di piegare i precetti costituzionali alle contingenze della vita politica, o di determinare il contenuto delle norme in base ad elementi [...] che se possono avere rilevanza dal punto di vista politico, non ne hanno invece alcuna sotto il profilo giuridico; e proprio questo significa, come è stato detto, confondere politica e diritto».

Dall'esame del contenuto di queste ultime (norme giuridiche sull'interpretazione), d'altro canto, appare con evidenza che esse non abbiano voluto prescrivere una metodologia interpretativa *divergente* da quella implicita nelle regole linguistiche, ma che viceversa abbiano inteso *recepirla*, semmai rafforzandola e specificandola in modo coerente con la funzione prescrittiva della comunicazione legislativa, tendente alla univocità del significato e alla riduzione della vaghezza.

Questa fondamentale premessa, prolettica a ogni atto applicativo del diritto, costituita dalle norme sull'interpretazione di cui all'art. 12, primo comma, delle Preleggi, pur in un contesto dove il destinatario principale potrebbe apparire il giudice[133] rileva evidentemente – in forza di argomenti sia storici[134], sia logici[135] –

[133] GORLA 1969, 113, dove si annota come «tutto l'art. 12, secondo la sua lettera, riguarda il giudice e concerne il suo compito di decidere le controversie e del come deciderle, applicando e interpretando la legge (anche nel 1° comma si tratta di "interpretare" la legge per applicarla, sebbene si tratti di interpretare il significato del suo testo, cioè di un "interpretare" diverso da quello considerato nel 2° comma)».

[134] Cfr. infatti sempre GORLA 1969, 113: «il titolo di questo art. 12 è "Interpretazione della legge". L'articolo stesso è da tutti (compresi i suoi redattori) considerato come avente questo oggetto, cioè quello delle regole dell'interpretazione concernenti l'interprete in genere, compresi, oltre il giudice, tutti coloro che sono interessati a tenere un comportamento, conforme alla legge».

[135] Sul rapporto fra norme sull'interpretazione *prima facie* destinate agli organi dell'applicazione (come i giudici) e la possibilità per tutti gli altri soggetti di ricostruire diversamente – in termini di metodologia interpretativa – il contenuto di significato delle disposizioni normative che costituiscono l'ordinamento giuridico oggetto di studio cfr. PINO A. 1996, 267-269. Specialmente si osserva come «se il richiamo alla applicazione dovesse intendersi come limitazione alla sola ipotesi di decisioni di controversie non si avrebbe la attribuzione del senso, con il quale ha avuto luogo la comunicazione del testo legislativo, ma quella di un altro senso, certamente diverso, in quanto delineabile in conseguenza dell'insorgere di una controversia e al solo fine della decisione giudiziale. Si avrebbe una ulteriore duplicazione dell'ordinamento, mediante la formazione di due sistemi semantici diversi: uno relativo al momento fisiologico della applicazione extragiudiziale, attuata da tutta la pluralità di destinatarî che decidono la condotta in conformità con il discorso legislativo loro comunicato, l'altro relativo al momento patologico della controversia, per il quale l'enunciato si limiterebbe a prescrivere ai giudici un dato comportamento [...]. I due sistemi semantici darebbero luogo a una insanabile contraddizione. Lo stesso enunciato designerebbe significati diversi, secondo se la attribuzione venga effettuata da un giudice, da un funzionario o dal singolo interessato. Nel primo caso vi sarebbero criteri normativi con i quali si può e si deve considerare attendibile la attribuzione del senso in relazione a una controversia giudiziale subordinatamente o indipendentemente da essa; nel secondo caso mancherebbero criteri normativi e la attribuzione sarebbe pertanto necessariamente diversa, con la conseguenza che il senso dipenderebbe dalla finalità di volta in volta perseguita dall'interprete, se giudicare il comportamento altrui ovvero decidere il proprio. Non vi è alcun argomento né di logica giuridica, né di normativa, sulla base del quale il senso normativo delle disposizioni possa essere condizionato dalla funzione assolta da coloro che lo attribuiscono e la medesima regola di comportamento possa risultare diversa, secondo la persona che legge il testo dell'enunciato. La diversità dello scopo, che il singolo giurista intende perseguire con la significazione del discorso legislativo è esterna allo stesso e non incide sulle regole semantiche, eguali sia per coloro che si limitano a descrivere l'ordinamento, sia per coloro che intendono osservarlo, farlo osservare o violarlo».

Analogamente anche QUADRI 1974, 239 s.: «è chiaro [...] che le singole disposizioni di legge dovranno essere interpretate (nel senso attuale e lato della espressione) anche dai giuristi e, anzi, da chiunque, nello stesso modo nel quale è tenuto ad interpretarle il giudice per farne applicazione. Non si può infatti prescindere, nell'interpretazione, dalle regole imposte al giudice la cui attività costituisce il momento più importante per la vita del diritto». V. ancora GORLA 1969, 113: «ovviamente qualunque interessato può

per tutti i fruitori del messaggio legislativo.

Saranno anzitutto i destinatarî dei precetti legislativi, infatti, che per poterli osservare dovranno dapprima interpretare correttamente i relativi enunciati e poi applicare correttamente le norme così desunte per qualificare i propri possibili comportamenti come giuridicamente vietati, prescritti o permessi.

In null'altro che in quest'ultimo passaggio si risolve – sempre che sia ancora lecito pronunciar parole che, a dispetto della loro luminosa collocazione nella storia delle idee, parrebbero ormai suscitare fremiti di *Fremdschämen* in orde di *demi-savants* – il famigerato "sillogismo" che consente di "sussumere" il concreto "caso della vita" nella astratta "fattispecie normativa". Cioè a dire, l'operazione logica (sillogismo) che, sulla base del raffronto tra concetto ed esperienza, riconduce (sussume) una certa *condotta umana*, per come essa effettivamente si manifesta nel mondo (caso *concreto*), nella *classe* di quei comportamenti "tipizzata" dal legislatore (fattispecie normativa *astratta*)[136] e associata a un determinato trattamento giuridico (conseguenza normativa)[137].

Insomma, come opportunamente segnala Natalino Irti, «senza fattispecie e sillogismo non è concepibile vera e propria applicazione di legge»[138], e tanto vale sia per il comune cittadino (o per altro destinatario dei precetti legislativi) sia per il giudice, fatto salvo che mentre per il primo il confronto tra norma e realtà sociale potrà essere immediato e diretto, per il secondo sarà necessariamente mediato dalla disciplina probatoria (e dalle altre regole processuali).

Già si annotava l'*aut simul stabunt, aut simul cadent* tra applicazione e interpretazione: l'intera architettura applicativa si regge logicamente – prima ancora che sul corretto accertamento dei fatti (premessa minore) e la stringenza della sussunzione (conclusione) – sulla corretta costruzione della premessa maggiore del sillogismo, vale a dire quella normativa.

Senza un metodo affidabile e oggettivo per ricavare la norma dalla relativa disposizione, invero, il consociato non potrebbe conoscere *ex ante* il criterio giuridico per orientare il proprio comportamento e il giudice sarebbe sprovvisto della base legale precostituita per valutare *ex post*, come tali, le eventuali violazioni.

Ciò che resta implicito per l'interprete/applicatore "comune", viene poi reso esplicito dal diritto positivo per il suo più importante applicatore "istituzionale". Con specifico riferimento al giudice, infatti, non andrebbe mai dimenticato – come purtroppo sovente accade presso interi reggimenti di "esterofili" affetti da fulminante

trarre dall'art. 12 dei canoni o criteri per interpretare la legge (tenendo presente o prevedendo come si comporterà in proposito il giudice); ma ciò soltanto in via indiretta, e non in quanto ciò costituisca l'oggetto diretto dell'art. 12 (stando alla sua lettera)».

[136] IRTI 2016, 172: «La norma non descrive tutti i fatti, ma soltanto *taluni* fatti, e questi non come fatti concreti e determinati nel tempo e nello spazio. Essa spoglia e semplifica i fatti, astraendone *classi di azioni tipiche*, suscettibili di riconoscersi in un numero indefinito di casi concreti».

[137] ENGISCH 1968, 78.

[138] IRTI 2016, 128.

Futterneid – che «se in qualche ordinamento egli è soggetto "anche" alla legge, da noi è soggetto "solo" ad essa (art. 101 cost.)»[139]. Si palesa così non una semplice ed opinabile opzione soggettiva (o addirittura ideologica)[140], bensì un oggettivo imperativo costituzionale[141] il modello per cui il suo «decidere si appoggia sul giudicare; non nasce dal nulla, non è puro atto di volontà, ma risultato di un raffronto fra ciò che la legge ha previsto e ciò che è accaduto, tra anticipazione di ieri e realtà di oggi. In codesto raffronto risiede l'applicazione della legge»[142].

A queste condizioni, dunque, non può certo sfuggire la crucialità di un parametro giuridico come quello che l'art. 12 Preleggi offre per un ragionamento interpretativo corretto e verificabile come tale. Esso infatti costituisce – né più, né meno – una *condicio sine qua non* affinché l'applicazione giudiziaria non si trasformi nel suo maligno *Doppelgänger*: quel sistema, sovente ispirato a un «postmodernismo che sa tanto di premoderno»[143], in cui «la decisione, e soltanto la decisione, viene al centro di un nuovo pensiero giuridico. [Dove] [e]ssa si distacca da applicazione della legge e logica sussuntiva, e si appoggia su criteri costruiti o intuiti dallo stesso giudicante»[144].

Honni soit qui mal y pense?

[139] LUCIANI 2016, 402. Cfr. anche ivi, 403, la precisazione per cui «*a*) per soggezione si intende — e non può che intendersi — un vincolo giuridico; *b*) il vincolo giuridico promana esclusivamente da una norma e non può, in tesi, promanare da quello che costituisce un mero enunciato (quale l'art. 101, appunto, in quanto "disposizione"); *c*) la norma, tuttavia, sempre in tesi, altro non è che l'interpretazione della disposizione, e dunque della legge cui si dovrebbe essere soggetti; *d*) conseguentemente, per il giudice il vincolo *ex* art. 101 non esiste prima del suo libero riconoscimento; *e*) il giudice, a questo punto, può essere soggetto passivo esclusivamente di autobbligazione; unico, in questo, fra tutti i consociati, destinati invece, in forza della loro appartenenza alla comunità politica, all'eterobbligazione. Come si vede, la dottrina qui discussa sembra inserire un cuneo distruttivo nel cuore medesimo dello Stato di diritto».

V. anche MEROLA CHIERCHIA 1978, 134 s., nt. 126: «l'arbitraria assunzione da parte del giudice di funzioni che istituzionalmente sono affidate ad altri organi dello Stato, concreta di per sé una inammissibile forma di insubordinazione alla legge, capace di alterare l'equilibrio del sistema, sia nei rapporti tra i vari organi dello Stato, sia, più in generale, nei rapporti tra lo Stato e i cittadini. Nessuno vuole negare che in un sistema tutt'affatto diverso, che non sia ispirato al criterio della separazione tra funzione legislativa e funzione giurisdizionale, in un sistema che assuma la giurisprudenza tra le fonti del diritto, potrà certo essere consentito al giudice di partecipare al processo di "creazione-attuazione" del diritto, ma nel nostro ordinamento, finché vigono l'art. 101 Cost. e le regole sull'interpretazione che, come si è detto, hanno anch'esse carattere costituzionale, non può aversi produzione di norme giuridiche ad opera del giudice: questi non crea diritto, ma interpreta ed applica le norme che vengono emanate dagli organi investiti appunto della funzione legislativa».

[140] Così invece fin dal titolo, in prospettiva storico-filosofica più che da quella del diritto positivo, GALLO 2014.

[141] Cfr. ora sul punto VERDE 2012, 184: «la Costituzione in tanto ha pensato alla magistratura come a un "potere" in quanto ha dato per presupposto che si tratta di un potere "neutro", non avendo essa poteri e responsabilità politiche o di governo». V. anche DI GIOVINE 2010, 31 ss.; nonché LUCIANI 2012, 3823 ss.

[142] IRTI 2016, VII.

[143] LUCIANI 2016, 398.

[144] IRTI 2016, 9.

3.2.4. *Preleggi e Costituzione*

Questo schema (e la connessa funzione) apparentemente lineare realizzato con i criterî interpretativi dell'art. 12 delle Preleggi è stato, com'è noto, più volte e in molti modi revocato in dubbio.

Mettendo da parte le critiche più scopertamente politico-ideologiche[145], che in questa sede interessano solo marginalmente[146], l'argomento principale avanzato per "neutralizzare" i precetti legali "autologicamente" rivolti all'interpretazione della legge è stato senza dubbio quello del loro (presunto) contrasto coi precetti della Costituzione.

In tal senso si era espresso Livio Paladin, osservando come «il valore dei canoni interpretativi che l'art. 12 ha dettato (o riaffermato, sulla scorta di antichi modelli, risalenti al Codice albertino del 1837) è stato ed è tuttora, specialmente in vista della Carta costituzionale repubblicana, assai contestato»[147], poiché

> «nella logica delle preleggi l'interpretazione (o l'integrazione) sistematica assume o dovrebbe assumere, dunque, il mero ruolo di un estremo rimedio, inutilizzabile là dove non sussistano lacune, da colmare per mezzo dei "principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato", dopo aver fatto vanamente ricorso alla stessa analogia. *Ma quella logica è stata completamente ribaltata dalla Costituzione repubblicana*. La necessità di tener conto dei sopravvenuti principi costituzionali (e dei precetti costituzionali in genere) è valsa a rilanciare in termini definitivi il momento sistematico; ed ha comportato, più precisamente, che la sistemazione vada perseguita pur quando non vi siano vuoti normativi da riempire, usando dei principi generali»[148].

Non diversamente si esprime un fine civilista da sempre attento alle interazioni del diritto comune con quello costituzionale come Pietro Perlingieri, osservando che

> «le disposizioni sull'interpretazione delle leggi, contenute negli artt. 12 ss. disp. prel. c.c., non hanno, né possono avere, una rilevanza costituzionale; né possono essere invocate, allo stesso modo ad esempio dell'interpretazione letterale, come un impedimento all'interpretazione secondo Costituzione. Diversamente la loro illegittimità costituzionale sarebbe manifesta. Né si può prospettare la loro utilizzazione in sede di legge ordinaria al fine di escludere che la normativa da applicare al caso concreto possa essere individuata senza far ricorso ai princìpi costituzionali. V'è dunque incompatibilità tra i canoni tradizionali di interpretazione e

[145] V. per tutte quella espressa, certo autorevolmente ma con chiara vocazione "valutativa", da GROSSI 1997, 261 ss., ove si qualifica l'articolo in questione come «sciaguratamente vigente», giacché «norma fascista intatta nel nostro ordinamento».

[146] Atteso – a tacer d'altro – il loro contrasto con l'ideale della avalutatività, il cui rilievo per un'analisi giuridica che voglia dirsi corretta è già stato esaminato nella prima parte di questo studio.

[147] PALADIN 1993, 24.

[148] PALADIN 1993, 28 s. (corsivo mio).

l'argomentare costituzionale, dove a prevalere sono la ragionevolezza sulla razionalità, i valori sulla logica, i princìpi di sistema sulla lettera delle singole disposizioni. Gli artt. 12 ss. disp. prel. c.c. sono inadeguati ad interpretare non soltanto la normativa costituzionale ma anche, e inevitabilmente, qualsiasi normativa»[149].

Nonostante l'indiscussa autorevolezza degli Autori ora citati, la relativa argomentazione per più aspetti non persuade.

Essa, infatti, parrebbe in estrema sintesi *postulare* come un dato scientificamente e giuridicamente ormai acquisito proprio quel che viceversa dovrebbe *dimostrare*, vale a dire una molto specifica modalità di "costituzionalizzazione" dell'ordinamento[150] che parrebbe a sua volta non soltanto *inderivabile* dal diritto positivo (costituzionale e legislativo), ma con esso addirittura *contrastante*.

Tralasciando il delicato problema dell'applicazione diretta delle norme costituzionali ai rapporti interprivati[151], è proprio l'utilizzo dell'interpretazione "costituzionalmente conforme" degli enunciati legislativi[152] in chiave *alternativa* ai e/o *sostitutiva* dei criterî di significazione espressi dall'art. 12 delle Preleggi a non convincere.

Ciò per due ordini di ragioni, uno "negativo" e uno "positivo".

In negativo, anzitutto, non esiste una singola disposizione, all'interno della Carta costituzionale, che in modo espresso e diretto contrasti con quanto disposto dall'art. 12 (comma 1) delle Preleggi, per la banale ragione che la Costituzione, molto semplicemente, non prescrive alcunché sull'interpretazione della legge e degli altri documenti normativi[153].

Tantomeno il contrasto sembrerebbe potersi generare in modo indiretto o implicito, giacché – *in positivo* – esistono invece numerosissime norme che danno

[149] PERLINGIERI 2006, 54.

[150] GUASTINI 1998, 185-206.

[151] Sul quale cfr. ora ALPA 2017.

[152] Sul nesso tra interpretazione costituzionalmente conforme della normativa ordinaria e la "costituzionalizzazione" dell'ordinamento cfr. spec. GUASTINI 2011, 358 ss.

[153] Per dirla con Mauro Barberis, insomma, «l'art. 12 non confligge con la Costituzione perché questa non detta norme sulla propria interpretazione, sicché l'art. 12 potrebbe applicarsi ad essa, per dir così, *ratione materiae*». (BARBERIS 2013, 18).

Secondo questa logica, pertanto, si potrebbe anche parlare di una "gerarchia strutturale" tra norme di legge e norme costituzionali. Cfr. in argomento PIZZORUSSO 1989, 12 s., dove si osserva come ai fini della determinazione del rango delle norme sull'interpretazione l'unica gerarchia a venire in considerazione sarebbe «quella che si fonda sul carattere strumentale delle norme sulla produzione giuridica rispetto alle norme prodotte (ed alle norme sulla produzione giuridica medesima), e questa seconda gerarchia non coincide necessariamente con la prima [quella c.d. formale delle fonti, n.d.a.], come può facilmente dedursi dalla circostanza che norme sulla produzione giuridica trovano spesso collocazione in leggi ordinarie – a cominciare dai codici – o nei regolamenti parlamentari o di altri organi costituzionali, mentre la costituzione contiene per lo più soltanto i principi fondamentali cui si ispira il sistema delle fonti del diritto operante nel paese di cui trattasi».

per presupposto proprio il modello di correttezza e tendenziale univocità nell'interpretazione prefigurato, appunto, dall'art. 12 delle Preleggi[154].

L'idea "formalista" e "cognitivista" in forza della quale l'interpretazione del diritto può e deve essere (per lo meno tendenzialmente) un atto di conoscenza e non semplicemente una scelta *à la carte* all'interno di un *menù* più o meno ampio di significati, insomma, non parrebbe affatto quell'ingenua e un po' patetica *historiette* cui molti zeloti vorrebbero ridurla. Essa infatti risulta «inscritta, incorporata, in molte istituzioni dello stato moderno: in particolare, nella separazione dei poteri, come pure in tutti i controlli di legittimità sugli atti dei pubblici poteri (ivi incluso il controllo di legittimità costituzionale sulle leggi)»[155].

Se dunque con riferimento all'interpretazione costituzionalmente conforme e al suo rapporto con le Preleggi si vuol rimanere all'interno dei binari tracciati dal diritto positivo e non indulgere a qualche sua "metanarrazione apologetica" *ex post facto* o direttamente ad una teodicea della giurisprudenza anche se (*credo quia absurdum*?) palesemente contrastante con gli intenti dei Costituenti[156], sembrerebbe ineludibile concordare sul punto con Massimo Luciani, quando osserva che

> «[r]icorrere all'interpretazione conforme [...] non autorizza affatto a decampare dal testo, ma consente semplicemente di optare, fra le varie alternative aperte dal testo, per quella capace di non comportare la conseguenza dell'illegittimità»[157].

In altre parole, la "tecnica" della (daccapo: *corretta*) interpretazione costituzionalmente conforme (se si vuol a sua volta svolgere in modo... conforme al diritto!) non soltanto *non si oppone*, ma *presuppone* che, nell'interpretare la legge, si osservino i criterî interpretativi dettati dall'art. 12 delle Preleggi e che solo nei limiti del perimetro interpretativo da essi segnato si possa – nei casi di reale polisemia o nelle aree di vaghezza semantica – "prediligere" il risultato compatibile col dato costituzionale al posto di quello con esso contrastante.

Le stesse ragioni ora succintamente esposte valgono a impostare correttamente l'altro "senso" del rapporto tra Preleggi e Costituzione, vale a dire la problematica della possibile applicazione dei criterî interpretativi previsti dalle prime (Preleggi) per i procedimenti di corretta significazione della seconda (Costituzione).

Com'è noto, torrenti di inchiostro sono scorsi per provare a dimostrare come l'interpretazione costituzionale sia «qualche cosa di assolutamente speciale e non confondibile con le interpretazioni delle altre norme di legge»[158] e dunque "per sua

[154] Mi sono soffermato su questo aspetto in VIGNUDELLI 2012, *passim*, ma spec. 546 ss.
[155] GUASTINI 2006, 749.
[156] Sul punto cfr. ora FIORAVANTI 2016, 14.
[157] LUCIANI 2016, 451, con argomenti poi ripresi e sviluppati a 471 ss.
[158] Così BALDASSARRE 2001, 215.

natura" segua itinerari differenti rispetto a quelli indicati dagli eventuali criterî normativi previsti per queste ultime[159].

In altra sede ho sostenuto, credo con dovizia di argomenti, come – per lo meno se si parla di interpretazione (in senso stretto) del *testo* costituzionale – diversi potranno essere semmai gli *esiti*, non certo i *metodi* della corretta significazione di un insieme di enunciati prescrittivi[160].

La bizzarria della tesi "segregazionista", secondo cui l'interpretazione costituzionale godrebbe di uno statuto metodologico differenziato rispetto a quella "ordinaria", dovrebbe peraltro emergere ora con evidenza se si considera – come più volte ribadito in queste pagine – che i criterî interpretativi *giuridicamente* previsti dalle Preleggi altro non fanno se non ribadire, specificandole, le regole *linguistiche* derivanti dalla funzione e dalla struttura stesse del discorso normativo, cui certamente va ascritto anche quello del Legislatore costituente.

In altri termini, i canoni interpretativi delle Preleggi, se anche si ritenessero inapplicabili alla significazione del testo costituzionale come criterî *giuridico-normativi*, dovrebbero comunque ritenersi vincolanti dal punto di vista *metodologico-linguistico*.

È ben vero – come si vedeva analizzando il possibile rapporto tra regole linguistiche e norme giuridiche sull'interpretazione – che sarebbe stato possibile per il Costituente esplicitare un codice particolare, derogatorio rispetto a quello usualmente connesso ai processi di significazione degli enunciati legislativi "comuni".

Come pure si è detto, tuttavia, nella Costituzione sono del tutto assenti norme espressamente dedicate all'interpretazione, tanto degli enunciati legislativi in generale quanto dei propri enunciati.

Proprio la rinuncia, da parte del Costituente, ad esercitare il "privilegio" dell'emittente linguistico d'esplicitare un proprio particolare canone interpretativo "divergente" dai canoni interpretativi validi per la corretta significazione della legge ordinaria, del resto, si palesa come l'argomento più formidabile per ritenere implicitamente accolti i principî delle Preleggi anche per quella costituzionale.

Da una parte, infatti, i Costituenti non potevano ignorarli, se è vero che da sempre le norme in tema di interpretazione sono state ritenute di natura "sostanzialmente costituzionale"[161] o comunque appartenenti alla "materia costituzionale"[162] e dall'altra

[159] Pur senza pretesa di esaustività, alla presunta "specialità" dell'interpretazione costituzionale e sulle sue cause ho dedicato l'intero terzo capitolo di VIGNUDELLI 2011. Ulteriori riferimenti nella più recente letteratura in GUARNIER 2014, 8 ss., nonché LANEVE 2014, 111 ss.

[160] Cfr. VIGNUDELLI 2011, *passim*, ma part. 481-487.

[161] Cfr. puntualmente SORRENTINO 2007, 22 s.

[162] Utile sintesi di queste posizioni in NISTICÒ 2015, 96 ss.

Più suggestiva argomentazione, connessa con (ma non implicata da) quanto indicato nel testo, è quella secondo cui, siccome le Preleggi non avrebbero potuto non essere considerate dal Costituente altro che "leggi costituzionali", ai sensi della XVI disposizione transitoria e finale della Costituzione la loro

essi li avevano pacificamente eletti a presupposto (implicito, ma ineludibile) di una nutrita serie di norme costituzionali espresse, ivi incluse – come si vedeva – quelle relative al giudizio di *legittimità* costituzionale (art. 134 Cost.) quale attività diversa dalla revisione o dalla integrazione della Costituzione (art. 138 Cost.).

Chi sostiene il sovvertimento da parte *della Costituzione* – e non di qualche successiva "rivoluzione clandestina" perpetrata alle sue spalle[163] – della logica interpretativa delle Preleggi dovrebbe confrontarsi seriamente con *questi* dati di realtà giuridica prima di *joué a l'Important* vagheggiando d'intrinseche funzioni o prestazioni "integrative" del diritto costituzionale[164]. Forse allora si renderebbe più facilmente conto che queste ultime – nel loro inestricabile intrico di incastellature (logiche?) e superfetazioni improprie – *si reggono già* su (e dunque, circolarmente, *presumono* operante) quel metodo interpretativo della Costituzione la cui correttezza e necessità dovrebbero viceversa solidamente *fondare*: una perfetta (e neanche troppo occulta) *petitio principii*.

Cui prodest?

4. *L'interpretazione costituzionale e la sua correttezza*

Se quanto è stato esposto finora ha senso, anche la questione dell'interpretazione costituzionale e – in particolare, per quel che qui più interessa – dei processi interpretativi prolettici al giudizio di costituzionalità da parte della Corte costituzionale, si configura come semplice "corollario" di ciò che precede.

L'interpretazione (*i.e.*, la *significazione*) in senso stretto della Carta costituzionale, infatti, se vuol essere "corretta" non potrà che seguire *tutte* le regole sull'interpretazione, linguistiche e giuridiche, il cui contenuto è stato ampiamente esaminato nelle pagine antecedenti.

Né la situazione parrebbe mutare in modo apprezzabile per quel che concerne l'*applicazione* delle norme costituzionali così desunte dal testo per risolvere le questioni di legittimità costituzionale. È vero infatti che, a differenza di un "normale" atto di applicazione giuridica, laddove si mettono a confronto norme da una parte e condotte umane dall'altra, il giudizio di legittimità costituzionale è solito essere qualificato come un confronto tra (sole) norme. È altrettanto vero, tuttavia, che anche l'attività di produzione normativa può essere intesa come condotta (umana collettiva), e dunque la norma legislativa "oggetto" ben potrà essere intesa – *mutatis mutandis* – come "fatto" da ascrivere (o meno) alla classe di

mancata abrogazione avrebbe costituito un'implicita *convalida* del loro contenuto anche sotto il profilo formale. Per riferimenti cfr. MEROLA CHIERCHIA 1978, 185 s., nonché REGASTO 1997, 49.

[163] Per riprendere il titolo di una fortunata opera di RÜTHERS 2014.

[164] Per una puntuale critica di queste diffuse impostazioni cfr. VIGNUDELLI 2011, 916 ss.

quelli disciplinati dalla norma costituzionale "parametro".

Nulla di particolarmente originale, oserei dire. Non a caso, invero, ancora di recente è stato ribadito da Natalino Irti come

> «anche la *costituzione è una legge*; anch'essa appartiene al diritto positivo, ed è fatta da uomini per altri uomini, e può tramontare e cadere nel nulla. La volontà umana come l'ha *istituita* così è in grado di *destituirla*. Il controllo costituzionale è, a ben vedere, *controllo di validità*, giudizio circa l'osservanza di limiti e vincoli, che *una legge detta ad altra legge*: ambedue leggi, rientranti nella cerchia del diritto positivo di uno Stato; ambedue, riposanti sulla "credenza" dei destinatari»[165].

In questa chiave, la fin troppo celebrata "indeterminatezza" della Carta costituzionale verrà dunque semplicemente accertata dalla (corretta) interpretazione, con esiti applicativi differenti – ma pur sempre circoscritti e prevedibili, anche e soprattutto in termini di "discrezionalità" – a seconda che si palesi nella forma (invero assai sporadica) dell'ambiguità[166], o in quelle (molto più diffuse) della vaghezza[167], della valutatività[168] e (soprattutto) della genericità[169] dei relativi enunciati.

Rebus sic stantibus, è financo intuitivo concedere che in alcune ipotesi, specie in quelle riconducibili all'archetipo delle clausole generali[170], ci potranno essere dei disaccordi non soltanto "profondi" ma anche sinceri e irrisolvibili circa l'interpretazione corretta di questo o di quell'enunciato[171]. Parrebbe altrettanto intuitivo, tuttavia, dubitare che questo possa automaticamente condurre a una sorta d'intrinseco "prospettivismo" dell'interprete, che potrebbe aver del mondo costituzionale un punto di vista al tempo stesso diverso ogni momento ed impermeabile ad ogni istanza di controllo.

Eppure, come del resto è ben noto a chiunque anche solo "bazzichi" il relativo ambiente, da lungo tempo, la giurisprudenza costituzionale e gran parte della dottrina che su di essa ha finito per modellare le proprie analisi parrebbero avviate proprio su questa seconda via[172].

Dando per scontato che il diritto costituzionale non si potesse risolvere "soltanto" nelle prescrizioni correttamente evincibili, col relativo margine di precisione e completezza, dal testo della Costituzione, ma dovesse viceversa assolvere a variegate

[165] IRTI 2016, 94.
[166] Per una prima ricognizione sul concetto cfr. GUASTINI 1993, 351.
[167] Cfr. LUZZATI 1990.
[168] Cfr. sul punto BETTI 1949, 56; SCARPELLI 1961, 57; il discorso è stato ripreso e ben sviluppato in sede giusfilosofica da VELLUZZI 2010, *passim*.
[169] LUZZATI 2012.
[170] Cfr. PEDRINI 2014a; nonché 2015b, 1-41.
[171] Il riferimento è qui a VILLA 2016.
[172] Per un ampio inventario, nel frattempo ulteriormente ampliatosi, cfr. BARTOLE 2004.

funzioni "integrative"[173] (e generatrici di "unità"[174] in una società "pluralistica" altrimenti dilaniata da conflitti socio-culturali[175]) tramite la tutela e la sempre più ampia protezione dei diritti fondamentali[176], si è così per un verso patrocinata una particolare forma di "ermeneutica assiologica"[177] degli enunciati costituzionali, e per altro verso si sono ampliati in modo corrispondente le competenze e gli strumenti processuali dell'organo di giustizia costituzionale, fino in certi casi a (s)travolgerne l'assetto giuridico originariamente concepito dal diritto positivo[178].

L'effetto complessivo di tali tendenze, per dirla con Agostino Carrino, è che

> «[s]i dà sempre più [...] a livello dell'interpretazione giuridica della costituzione vigente (ma anche l'aggettivo è oramai incerto), una metodologia che si autocostruisce su premesse valoriali del tutto sottratte ad ogni preventiva verifica razionale»[179].

Quid juris?

L'argomento, va da sé, è così ampio che per esaurirlo non sono bastate più di mille pagine di una precedente, corposa monografia, sicché sperare di poterlo trattare in maniera esaustiva in questa sede sarebbe del tutto velleitario. Del resto, proprio in quanto del tema mi sono già occupato a più riprese, in questa sede potrò giovarmi dei risultati ottenuti in precedenza, sintetizzando le conclusioni più ampiamente argomentate altrove[180] e declinandole sullo specifico piano d'analisi della correttezza.

Ebbene, ai ricorrenti tentativi di ricavare il "ruolo" della Corte costituzionale e della sua giurisdizione dai semplici atteggiamenti "di fatto" assunti dalla Corte stessa nella sua concreta prassi, spesso frettolosamente imputati a invincibili "nature" o a intrinseche "necessità" in realtà meramente presunte[181], deve viceversa essere opposto che il Giudice delle leggi – se vuole – *può* conformare la

[173] Su questo "presupposto", proprio in particolare di molte teorie o dottrine neocostituzionalistiche, v. VIGNUDELLI 2011, 916 ss.

[174] Cfr. LUCIANI 1991, 170 ss.

[175] Alla critica del multiforme "argomento pluralistico" è dedicato VIGNUDELLI 2011, cap. 3 (ripreso poi in VIGNUDELLI 2014b, 1054 ss.). Sul concetto di "pluralismo" in àmbito giuridico e sulla sua ambiguità cfr. recentemente anche PEDRINI 2014c, 197 ss.

[176] Fino a giungere alla "teologia dei diritti" di cui parla CARRINO 2015a, 25 ss. Il nesso tra interpretazione e diritti soggettivi nella "parabola neocostituzionalistica" è al centro, fin dal titolo, della accurata ricostruzione critica di PINO G. 2010, *passim*, ma spec. 115 ss.

[177] V. per tutti MODUGNO 2015, 1 ss.; ma cfr. anche la posizione più sfumata (forse la più complessa sinora esposta sul tema) di BALDASSARRE 2012, 3 ss. Circostanziate critiche in VIGNUDELLI 2013c, 71 ss.

[178] Cfr. VIGNUDELLI 1988, *passim*, e 2016b, 85 ss.
Che tale processo di "giurisdizionalizzazione" dell'attività si sia svolto «non poche volte determinando il superamento dei confini che la Costituzione del 1948 ha posto a garanzia della separazione dei poteri» è riconosciuto anche da BARBERA 2015, 169.

[179] CARRINO 2015b, 236.

[180] Oltre a VIGNUDELLI 2011, *passim*, cfr. già VIGNUDELLI 1988 e 2006, 657 ss.; nonché più recentemente 2013c; 2016b.

[181] Cfr. sul punto le sempre attuali considerazioni di Emanuele Severino, espresse in PEDRINI 2013, 151 ss.

propria attività ad un modello (oggettivo) di correttezza. Ciò al modico "prezzo" d'osservare l'insieme di tutte quelle norme giuridiche (costituzionali e legislative) che, giacché costituiscono il presupposto giuridico della sua *esistenza*, rappresentano pure i limiti logicamente invalicabili di ogni sua *competenza*.

Tra tali norme giuridiche spicca anzitutto l'art. 134 della Costituzione, il quale, com'è noto, sancisce per la Corte il ruolo di giudice di "legittimità costituzionale", espressione logicamente e storicamente adottata in manifesta contrapposizione al giudizio di "merito politico"[182].

Una disposizione successivamente attuata e meglio precisata – in forza del mandato costituzionale di cui all'art. 137 Cost., ai sensi del quale «una legge costituzionale stabilisce le condizioni, le forme, i termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale, e le garanzie d'indipendenza dei giudici della Corte», (primo comma) e «con legge ordinaria sono stabilite le altre norme necessarie per la costituzione e il funzionamento della Corte» (secondo comma) – dal tanto famigerato art. 28 della l. 87 del 1953.

Il suddetto articolo, si sa, prevede come «il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento» e nonostante il fuoco incrociato di critiche al quale è stato sottoposto fin dalla sua nascita[183] la sua utilità in termini di meta-norma sull'interpretazione e l'applicazione costituzionale continua ad apparirmi limpida come il suono di un fischietto.

Come ho già avuto occasione di osservare, invero, l'articolo in esame,

> «se inteso a modo – vale a dire, a patto di non sottoporlo a fin troppo diffuse attività di "sterilizzazione semantica" [...frutto di anarchismo epistemologico?], e consentendogli piuttosto di mantenere un senso prescrittivo in linea col significato delle parole (nella loro reciproca connessione e nel loro contesto di enunciazione) – parrebbe rivolgere alla Corte costituzionale il precetto (ed insieme il limite d'ammissibilità giuridica al suo stesso controllo sull'attività legislativa) di non sovrapporre le proprie valutazioni discrezionali (d'opportunità) a quelle precedentemente effettuate dal Legislatore, e di limitarsi piuttosto ad un controllo di legittimità (giuridica, e non politica), sanzionando pertanto – diremo in prima battuta – solo le violazioni della Costituzione certe e dimostrabili (e non invece pure quelle "indiziarie", nel senso di semplicemente argomentabili come verosimili o meramente possibili)»[184].

[182] Cfr. sul punto le osservazioni di La Pira e Tosato nella seduta pomeridiana dell'Assemblea costituente del 28 novembre 1947.

[183] Cfr., tra le tante, GUARINO 1951, 356 ss. spec. 381 s.; MORTATI 1969, 224 (laddove ne evidenziò il «carattere equivoco e contraddittorio»); MODUGNO 1973, 1031 ss.

[184] VIGNUDELLI 2011, 1020.

Il concetto di "discrezionalità", insomma, sembra da intendere nel secondo dei significati prospettati da PIZZORUSSO 1988, 73, e cioè con riguardo all'attività legislativa insuscettibile di essere verificata sotto il profilo della sua conformità ai precetti costituzionali in quanto effettuata *praeter constitutionem*.

Le conseguenze di questa direttiva sulla tematica della correttezza nell'interpretazione e nell'applicazione costituzionale dovrebbero ora risultare non meno che evidenti, mettendo definitivamente fuori gioco quell'"incommensurabilità principale" sussistente tra la scienza e ciò che di soltanto "narrativo" e non falsificabile (re)sta fuori di essa.

Alla luce delle norme ora esaminate, infatti, l'interpretazione *corretta* della Carta costituzionale sarà quella (e *soltanto* quella) che *accerta* il contenuto semantico prescrittivo della prima per quello che è, senza tuttavia poterlo in alcun modo *modificare*, giacché tale modifica – peraltro già costituzionalmente inibita, con riferimento alla norma-parametro, dal disposto dell'art. 138[185] – implicherebbe poi inevitabilmente, quanto al giudizio sulla norma-oggetto, una valutazione di natura politica incidente sulla discrezionalità ("strutturale" o anche solo "epistemica", per riprendere un'opportuna precisazione di Robert Alexy)[186] costituzionalmente riservata al legislatore.

È una distinzione chiave, icasticamente raffigurata anche da Bernd Rüthers quando contrappone l'*interpretazione* (*Auslegung*) all'*inoculazione* (*Einlegung*): la prima trae fuori *dal* (*aus*) testo quel che già prima vi giace dentro, la seconda viceversa mette dentro *nel* (*ein*) testo quel che prima in esso non c'era[187].

Un concetto apparentemente molto semplice anche perché consente di distinguere – per dirla con Vittorio Angiolini – tra "costituente" e "costituito"[188], ma al tempo stesso e forse proprio per questo assai disturbante e certamente in grado di generare una rivelatrice *Erklärungsnot* nei suoi molti detrattori. Ne offre un esempio il ragionamento vagamente "sofistico" dell'amico Agostino Carrino, quando osserva che «[i]l problema è che per non mettere nulla nel testo [...] occorre sapere quello che non si vuole mettere perché si capisce che non c'è»[189].

Retoricamente, è come sempre *une fleur à la boutonnière*, soprattutto una volta che si elevi il *I can resist anything except temptation* di Wilde da brillante aforisma a inflessibile legge di natura del giurista. Dal punto di vista (tauto)logico, tuttavia, si tratta soltanto di affermare che per (non) aggiungere una nota estranea all'altrui spartito bisogna prima averla desiderata, e dunque aver capito che ancora non vi compare. Non esattamente un'impresa titanica – verrebbe da dire –,

[185] Cfr. infatti GUASTINI 2004, 284: «la costituzione è emendabile: la revisione costituzionale serve appunto ad adattare il testo normativo alle mutate circostanze. Ma, appunto, la revisione costituzionale è competenza esclusiva di certi organi che operino in accordo con certe procedure. Perché mai, nell'inerzia del legislatore costituzionale, il rinnovamento della costituzione dovrebbe compiersi in via interpretativa, ad opera di privati cittadini (quali sono i giuristi) e/o di organi comunque non competenti ad emendare la costituzione (quali sono i giudici costituzionali)?».

[186] Sulla quale v. ALEXY 1994, 607 ss. Sul punto cfr. anche, sinteticamente, PEDRINI 2014b, 157 ss.

[187] Cfr. RÜTHERS 2014, *passim*.

[188] Cfr. ANGIOLINI 1995.

[189] CARRINO 2015b, 242.

e se per caso, a dispetto delle apparenze, si volesse suggerire una sorta d'intrinseca incapacità gnoseologica (o morale?)[190] dell'interprete in toga, la *probatio diabolica* incomberebbe certo sull'attore e non sul convenuto, a meno di non voler praticare un diritto da *arnaqueurs*.

Tanto precisato, l'art. 28 della l. 87 del 1953 non soltanto impone di qualificare come scorretta quell'interpretazione che crei nuove norme di rango costituzionale "abrogando" le disposizioni costituzionali in vigore o inserendo ulteriori disposizioni, ma neppure consente di ritenere corretta quella – assai più frequente – attività solo *apparentemente* interpretativa volta a rendere più specifiche le innumerevoli norme generiche presenti in Costituzione.

Anche qui, si tratta più che altro di ribadire quel che altri hanno già ampiamente chiarito[191]. Il tratto caratteristico delle disposizioni costituzionali generiche è il carente grado di dettaglio del precetto in esse contenuto e conseguentemente l'idoneità ad essere eseguite, (anche) nel corso del tempo, in *molteplici* modalità tra loro *equivalenti*. *Ergo*, dal punto di vista tecnico, la derivazione di un precetto specifico ("vai a Parigi") da un precetto generico ("vai a nord partendo da Roma") sarà sempre logicamente fallace e non costituirà mai soltanto un atto di conoscenza (del voluto altrui), ma invariabilmente anche un atto di volontà (propria).

Per dirla con Claudio Luzzati, insomma, «la genericità [...] si risolve nella circostanza che "tutto va bene" entro un certo ambito di scelta»[192]. Ma se tutto va (costituzionalmente) bene in termini di *contenuto* della scelta, non tutto va (costituzionalmente) bene in termini di *soggetto* che l'effettua. E, in questo caso, l'*actio finium regundorum* tra Legislatore e Corte costituzionale è effettuata dallo stesso diritto positivo, sul piano costituzionale *ex* art. 138 e sul piano legislativo *ex* art. 28 della l. 87 del 1953. Entrambe queste disposizioni, una volta che si sia dimostrato come la concretizzazione degli enunciati costituzionali generici (quali sono tutti quelli "programmatici" o "di principio") costituisca un'attività non già *stricto sensu* interpretativa, ma integrativa e/o attuativa della Costituzione, e dunque per sua natura di tipo politico-discrezionale, semplicemente la vietano alla Corte.

Il risultato, ai fini che qui ci occupano, è che se le norme costituzionali generiche, ricostruite per il tramite della corretta interpretazione dei relativi enunciati, non potranno essere applicate "per quello che sono", vale a dire col tasso di genericità che esprimono, allora la Corte non potrà trarne come conseguenza giuridicamente corretta l'illegittimità costituzionale della norma legislativa sottoposta a giudizio.

[190] Come parrebbe forse suggerire sempre CARRINO 2015b, 242, quando annota come «[i]l punto è che quasi nessuno più si ferma all'interpretazione "onesta" del testo, quella che il Nostro [Vignudelli, *n.d.a.*] chiama "epistemica", perché la volontà va oltre, guarda oltre, sicché alla fine si contrappongono più decisioni politiche e più decisioni morali, nessuna delle quali naturalmente è "vera"».

[191] Cfr. per tutti LUZZATI 2012.

[192] LUZZATI 2012, 83.

Ciò peraltro non significa affatto che la Corte non potrà *in alcun modo* svolgere un sindacato di legittimità costituzionale sulla base delle norme costituzionali generiche, le quali pur sempre esprimono un precetto (nel nostro esempio: "vai a nord partendo da Roma") che, per quanto indeterminato e dunque osservabile in molti modi (andando indifferentemente a Parigi o a Londra), ben può essere indiscutibilmente *violato* dal legislatore (che decida di dirigersi a Luxor o Timbuctù).

Vorrà soltanto dire, come già a suo tempo osservato da Livio Paladin, che

> «nella misura in cui s'accentui l'imprecisione dei concetti costituzionali, ovvero la storica mutevolezza delle direttive assegnate dalla legge, diminuisce corrispondentemente [...] la potestà di sindacato della Corte. Nelle materie per cui la costituzione disponga in termini fluidi e sommari, ed espressamente od implicitamente rimandi alla legge ordinaria la correlativa disciplina, non è corretto negare che la carta stessa riconosca al legislatore una certa incontrollabile competenza ad optare tra varie soluzioni, del pari ammissibili; sicché la precedente affermazione, che pure in questa sede si possano dare questioni di costituzionalità, non implica minimamente che spetti alla Corte integrare o riempire siffatti spazi liberi, ma semplicemente esprime l'esigenza che s'abbia comunque controllo – per vasti od elastici che siano – sull'osservanza dei "limiti esterni ed estremi" delle clausole in esame. Ed è soprattutto in quest'ultima ragione restrittiva, che si coglie l'essenza dell'amplissima definizione data alla figura della legittimità costituzionale»[193].

Né del resto si pone per la Corte costituzionale, nel giudizio di legittimità costituzionale sulle leggi, il problema del divieto di *non liquet*, che in assenza di una disposizione specifica obbliga i giudici comuni a ricorrere, in chiave integrativa, alla *analogia legis* o *juris* ai sensi del secondo comma dell'art. 12 delle Preleggi. Così come è lo stesso diritto positivo a *prescrivere* l'integrazione dell'ordinamento al livello della legislazione ordinaria, sempre il diritto positivo viceversa la *vieta* al livello di quella costituzionale, vincolando l'interprete a una meta-norma per la soluzione dei casi "dubbi" di legittimità costituzionale.

La corretta interpretazione ed applicazione, da parte del Giudice delle leggi, del diritto costituzionale, per concludere, è un obiettivo perfettamente *possibile*. Ma è realizzabile solo laddove il sindacato di costituzionalità avvenga in modo rispettoso della oggettiva configurazione della nostra Costituzione come "ordinamento di cornice" (*Rahmenordnung*), per utilizzare la fortunata formula di Ernst-Wolfgang Böckenförde[194].

[193] PALADIN 1964, 331.

[194] Cfr. BÖCKENFÖRDE 1976, 107: «Dato che ha carattere frammentario e incompleto e si occupa solo di principi generali, la costituzione non dovrebbe quindi essere qualificata quale *ordinamento di cornice* per il processo politico d'azione e di decisione e per l'esercizio del potere politico decisionale, soprattutto nell'ambito legislativo? La costituzione verrebbe così compresa, anche e proprio nelle sue disposizioni di diritto materiale, da un lato quale vincolante *fissazione dei limiti* (*Grenzfestlegung*) del potere politico

Qualificare un risultato come *possibile* e *realizzabile*, d'altro canto, non significa in alcun modo ritenerlo *facile* o *scontato*.

Già si diceva, infatti, come nel clima fortemente antipolitico[195] che oggi va per la maggiore giurisprudenza e letteratura costituzionalistica battano (per lo più) ben altre strade. È sempre Natalino Irti allora ad annotare, con sconsolata puntualità,

> «la possibilità, o forse il creduto dovere, di andare oltre i testi linguistici delle leggi, di attingere, per le arcane vie dell'intuizione e della rivelazione, il piano meta-positivo di sommi "principi" e "valori". *Il più alto grado di concretezza s'incontra e congiunge con il più alto grado di intuizionismo*: la soggettività dell'appello con la soggettività della risposta. E così la vena d'irrazionalità, questo trascendere il terreno linguistico delle norme, a poco a poco s'ingrossa e dilaga, raggiunge tutte le istanze del processo, supera resistenze tecniche, invade nuovi e lontani campi»[196].

Registrare un fenomeno e spiegarne le cause, tuttavia, è (e deve rimanere) cosa ben distinta dal giustificarlo. E se è vero che sotto il preteso "piglio aristocratico"[197] esso si rivela in realtà dimentico dello spirito autenticamente democratico che anima la nostra Costituzione[198], allora gioverà una volta di più, *a fortiori* in un ragionamento dedicato alla correttezza, segnalarne la matrice costituzionalmente *disfunzionale*.

Per l'esattezza, si tratta di un particolare tipo di attività scorretta e di disfunzionalità ordinamentale, che assume le forme della *illegalità*, sia pure poste in essere al massimo livello dell'ordinamento giuridico stesso.

decisionale (la classica funzione di delimitazione), e dall'altro lato quale *determinazione di indirizzo* (*Richtungsbestimmung*) per il potere politico di azione e di decisione, mediante l'indicazione di determinati obiettivi per l'azione e di principi organizzativi, da inserire e da imprimere nell'ordinamento legale del diritto e nella prassi amministrativa (ovviamente, senza contenere già per questo un programma normativo sufficiente). Il problema della cosiddetta "apertura" della costituzione non verrebbe così risolto in modo corretto e più adeguato, dal punto di vista di teoria costituzionale, rispetto alla procedura di affidarsi a una interpretazione, che apparentemente agisce come tale, ma che in verità crea norme e decide politicamente del diritto?».

[195] V. sul punto LUCIANI 2016, 394: «È un sottile sentimento antipolitico, una sottile tentazione aristocratica, insomma, che ha alimentato e probabilmente ancora alimenta le dottrine della creatività giudiziale e ha sorretto la svalutazione del testo degli enunciati legislativi».

[196] IRTI 2016, 81.

[197] Sul quale ancora insiste LUCIANI 2016, 394: «Quel che – specialmente nel dominio delle teorie del diritto – ha caratterizzato e caratterizza ancora oggi, in molte proposte teoriche di successo, l'aristocratismo sembra essere semmai il perdurare del convincimento che la legge della ragione e quella dell'autoregolazione sociale siano migliori – rispettivamente – della legge degli uomini e della legge del legislatore. E che solo un ordine di sapienti sia qualificato (e quindi legittimato) ad accertarle (e dichiararle) con "provvedutezza"».

[198] LUCIANI 2016, 395: «È sempre il principio democratico, dunque, il fondamento delle costituzioni e delle loro stesse garanzie, tant'è vero che parlare di un "governo delle leggi" che, con le costituzioni liberal-democratiche del Novecento, si sarebbe sostituito al "governo degli uomini" è puramente illusorio: come se le costituzioni fossero opera di pura ragione e non frutto di lotte e di opzioni politiche».

Lo stesso custode della "legalità costituzionale", infatti – allorché ponga in essere quello che con un eufemismo fin troppo pudico è stato definito da Mario Dogliani un «allontanamento da un dover essere statuito»[199] – può a certe condizioni trasformarsi in un elemento non secondario della più ampia crisi che sembra oggi abbracciare il costituzionalismo[200].

Una crisi che certo non viene smentita, ma semmai – come già ebbe a scrivere il mio Maestro Sergio Fois – amaramente

> «confermata dal fatto che tutta una serie di più o meno gravi violazioni della legalità [...] s'impongano con sempre maggiore ampiezza nella nostra esperienza giuridica, e sempre più spesso e diffusamente vengano (con varie sfumature) ammesse, giustificate o addirittura auspicate dalla prevalente dottrina»[201].

5. *Il tabernacolo del giusrealismo, ovvero: appendice su correttezza giuridica e giudicato*

A ben vedere, per lo meno ai limitati fini di questo studio, la tematica della correttezza nell'analisi giuridica potrebbe già concludersi con quanto argomentato nei paragrafi precedenti e con ciò che la logica – e mi riferisco, a scanso d'equivoci, proprio alla tanto vituperata logica *formale*[202] – imponga d'inferirne.

Tuttavia, l'analisi qui articolata potrebbe *apparire* incompleta senza una brevissima "appendice" relativa al rapporto – da cui si erano del resto prese le mosse nella prima parte di questo studio[203] – tra correttezza giuridica e quel che si è soliti chiamare "giudicato".

Come rapportarsi, dunque, con le decisioni giudiziali che, essendo divenute definitive in quanto non (più) impugnabili, risultano giuridicamente vincolanti e hanno "forza di legge" – al momento poco rileva se solo *inter partes*, come avviene per le giurisdizioni ordinarie, oppure *erga omnes*, come nel caso di quella costituzionale – a prescindere dagli argomenti, corretti o meno, che le sostengono[204]?

[199] DOGLIANI 2000, 144.
[200] Su cui ora cfr. FERRAJOLI 2017, part. 15 ss.
[201] FOIS 1973, 470.
[202] Sulla cui cruciale importanza, ad onta dei numerosi tentativi di svalutazione in àmbito giuridico, v. ottimamente SARTORI 1975, 121: «perché gli scienziati dovrebbero cercare di fare (peggio) ciò che si suppone facciano (meglio) gli specialisti di logica e i metodologi? La risposta alla [...] domanda, nelle parole di COHEN E NAGEL (1934, 191) è che "tutta la conoscenza ragionata comporta la logica", il che "ci consente di guardare tutta la scienza come *logica applicata*, e che era espressa dai greci chiamando la scienza di ogni materia, ad esempio dell'uomo o della terra, la logica di quella materia – antropo*logia* o geo*logia*". La logica, dunque, è dunque una condizione *necessaria*, anche se non sufficiente, di tutta la conoscenza scientifica».
[203] Cfr. VIGNUDELLI 2016a, 234 ss.
[204] Cfr. BETTI 1936, 584 s.: «Passata in giudicato la sentenza, le premesse logiche della decisione non hanno importanza se non in quanto occorra risalire ad esse per identificare la ragione fatta valere o l'azione

Ha ancora senso una critica basata sul concetto di correttezza, nel momento in cui *res iudicata pro veritate accipitur*, oppure davanti alla preclusione di ulteriori rimedi giuridici – così come davanti al dato "positivo" costituito da una legge o dalla Costituzione – al giurista non ideologizzato non resterebbe che scandire patriotticamente "*My country, right or wrong*"[205]?

Formulando il quesito in modo diverso ancora, si può sensatamente contrapporre sotto il profilo concettuale il diritto *vigente*, quale emergerebbe dalla corretta interpretazione e applicazione del dato legislativo, al diritto *vivente*, quale prodotto delle applicazioni giudiziali definitive ancorché eventualmente scorrette[206], oppure il secondo avrebbe ormai *strutturalmente* soppiantato il primo[207]?

Le domande ora poste sono, per chi scrive, chiaramente retoriche, fondate come sono su altrettanti equivoci che si tratta qui più che altro d'*indicare* a chi fosse interessato a più incisivi approfondimenti.

Partiamo allora dal fatidico "latinetto" che, pur non comparendo in nessun espresso articolo di legge[208], è rapidamente assurto ad autentico "tabernacolo" d'ogni confessione (più o meno consapevolmente) giusrealistica: un brocardo – *res iudicata pro veritate habetur* – il quale, più ancora che sopravvalutato, si rivela esser stato ampiamente frainteso.

È una constatazione forse ovvia, ma evidentemente non meno importante da

esperita, e così per determinare l'estensione della cosa giudicata. Ma quanto al resto esse diventano indifferenti: la decisione rimane ferma, ancorché esse potessero per avventura dimostrarsi infondate».

[205] Per questa impostazione cfr. CARRINO 2015b, 243: «Vignudelli dirà che è possibile un'interpretazione non ideologica: in questo caso non sarebbe altro che l'interpretazione neutrale – perché "autentica" – dell'ideologia posta dietro, sotto e dentro il testo formale. Effetto analogo avrebbe il definire sbagliata una sentenza della Consulta senza però poterle togliere l'efficacia giuridica».

[206] Una contrapposizione che, mentre oggi tende a sfumare in un dibattito *sull'interpretazione giuridica*, in passato era declinata con chiarezza sul piano della teoria *del diritto*, Cfr. BOBBIO 1996, 142 s.: «il problema se si debba considerare il diritto dal punto di vista della validità (del dover essere) o dell'efficacia (dell'essere) può venire riformulato così: qual è il vero ordinamento giuridico? Quello del legislatore, anche se non è applicato dai giudici, o quello dei giudici, anche se non è conforme alle norme poste dal legislatore? Per i realisti si deve rispondere affermativamente alla seconda alternativa: è vero diritto solo quello che è applicato dai giudici; le norme emanate dal legislatore, ma che non arrivano al giudice, non sono diritto ma mero *flatus vocis*».

[207] In questo senso, apparentemente, CARRINO 2015b, 247: «Questa pratica effettiva del diritto (ovvero gli effetti concreti dell'impostazione neocons a livello interno e a livello europeo) è ciò che Vignudelli non prende in sufficiente considerazione, nel senso che la sua critica all'ermeneutica costituzionale basata su princìpi tralascia il fatto che questa attività interpretativa ha *effettivamente e realmente* modificato l'impianto costituzionale generale».

[208] È infatti da osservare che nulla circa la "verità" si rinviene nelle due disposizioni che si occupano di giudicato in àmbito civile (art. 2909 c.c. [cosa giudicata]: «L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa») e penale (art. 649 c.p.p. [divieto di un secondo giudizio]: «L'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli artt. 69 comma 2 e 345»).

ricordare nel nostro contesto, quella secondo cui «la verità non può essere deliberata, imposta autoritativamente»[209]. La "verità" cui si riferisce l'espressione, insomma, non potrà mai essere quella *sostanziale*, ma solo il suo riflesso *processuale*, filtrato per lo meno dalla dimensione probatoria e quindi talora divergente dalla autentica "realtà delle cose" *quantunque correttamente accertata*[210].

Inoltre, anche nella seconda accezione di verità semplicemente processuale, si tratta soltanto di una "*finzione* di verità", di un retorico "*als ob*" per indicare la creazione *in vitro* di un dato *processualmente* definitivo e in questo senso incontrovertibile[211], ma aperto a ogni altro genere di critica.

Tale finzione, dal canto suo, non può, né vuole elevare alcuna pretesa *epistemica*. Essa rappresenta soltanto – né più, né meno – il riflesso artificiale dell'esigenza *pratica*, fatta propria dall'ordinamento, di risolvere *comunque* dal punto di vista giuridico-processuale, entro limiti ragionevoli di tempo, i conflitti generatisi tra i consociati: anche in modo giuridicamente erroneo, al limite, ma *once and for all*.

I sistemi giuridici contemporanei, in altre parole, non ammettono che si riproponga l'ipotesi di quell'antica madre d'una famiglia di Smirne, accusata di omicidio davanti agli Aeropagiti, i quali – sopraffatti dalla difficoltà del caso – comandarono che accusatore e accusata si ripresentassero dopo cento anni[212]. A fronte di questa scabrosa situazione, l'odierno diritto positivo riconosce semplicemente che una decisione definitiva, ancorché per avventura sbagliata, rappresenta il proverbiale "male minore" rispetto a nessuna decisione e/o al perenne protrarsi dell'accertamento giudiziale delle ragioni e dei torti.

Va da sé che, anche in un ordinamento come il nostro nel quale il rapporto tra legislazione e giurisdizione è costituzionalmente disciplinato dall'art. 101 Cost., nel "mondo dei fatti"

> «la prima è pura *velleità* se non può contare sulla *fedeltà* della seconda che ha il *privilegio* di essere a contatto diretto dell'apparato coercitivo dello Stato, che attua le decisioni. Alle quali la legge deve attribuire quel carattere di *verità*, che è finzione, ma necessaria finzione, anche quando l'ultima istanza giurisdizionale decida in contrasto col sistema legislativo e faccia quindi funzionare l'ordinamento in maniera difforme»[213].

[209] PINNA 2015, 67.

[210] Si pensi al caso dell'imputato per un omicidio effettivamente commesso, ma per il quale il pubblico ministero non riesca a trovare prove a sostegno "al di là di ogni ragionevole dubbio" o al caso dell'attore che non supporti la sua fondata pretesa nei confronti del convenuto con idonei mezzi di prova.

[211] Cfr. IRTI 2016, 144: «L'antico latinetto *res iudicata pro veritate habetur* sta proprio a indicare che la pronuncia del giudice, esaurite che siano tutte le istanze d'appello, *è tenuta per* verità: è, essa stessa, la verità del diritto nel caso concreto» (corsivo mio).

[212] La madre si era vista assassinare il figlio di primo letto dal secondo marito e dal figlio avuto da lui, e per questo aveva a sua volta ucciso questi ultimi nell'eccesso del suo dolore e per questo era stata accusata davanti a Dolabella, Proconsole d'Asia, il quale aveva rinviato la causa all'Areopago. Cfr. CAMPANILE 2004, 155 ss.

[213] QUADRI 1974, 231.

Questo certamente significa che, in situazioni giuridicamente patologiche in cui l'interpretazione e l'applicazione del diritto seguano vie diverse da quelle indicate dal "paradigma della correttezza" che è stato al centro delle nostre pagine, pure il senso del giudicato, e con esso quello degli eventuali vari gradi di giudizio che lo precedono, viene a mutare radicalmente.

Come è stato acutamente osservato, infatti, «ove la decisione sia disgiunta dal giudicare secondo legge, e affidata a "valori" o altri criterî soggettivi, i diversi gradi del processo si risolvono in una catena di pure decisioni, in un sovrapporsi di esperienze esistenziali, che mettono capo a un dictum incontrollabile e incontrollato»[214]. E allora, mano a mano che l'"antico" principio di legalità iscritto nella Carta costituzionale si trasforma surrettiziamente in un più moderno e malleabile *rule of law* (*or rolling cow*?)[215],

> «la pluralità delle istanze giudiziarie si risolve in un succedersi di "esperienze" vitali, e l'ultima – quella che giunge alla definitività della *res judicata* – ha per sé soltanto l'autorità di essere l'ultima. Il vecchio ditterio dell'*auctoritas facit legem* vi coglie una trionfante vittoria, poiché sull'autorità si appoggia la decisione, e con l'autorità essa, ove mai ne sia richiesta, offre la propria "giustificazione"»[216].

Ma se anche è vero che – in ben precise situazioni disfunzionali all'interno delle quali possono essere gli stessi organi giudiziari a violare le leggi ad essi rivolte e a stravolgere quelle che sarebbero tenuti ad applicare[217] – «soltanto il *giudicato* scrive la parola "fine"; e così, forse per astuzia della ragione, il tecnicismo delle preclusioni processuali instaura la sua pallida verità sulla catena delle esperienze esistenziali»[218], *niente di tutto questo* parrebbe impedire di qualificare le relative istanze come scientificamente e giuridicamente scorrette.

[214] IRTI 2016, IX.
[215] Per un ottimo "spaccato" sulla complessità di questo fenomeno v. PINO, VILLA 2016.
[216] IRTI 2016, 51.
[217] Su rilievo delle quali cfr. opportunamente QUADRI 1974, 231 s.: «il regolamento dei rapporti fra legislazione e giurisdizione nel senso di presidiare la fedeltà alla legge, stabilendo un organo al quale si possa ricorrere soltanto allegando un testo di legge, non ha certo dato i frutti sperati, perché tale organo può facilmente trasformarsi in signore della legge. Ma qui si è al di fuori e al di là della costruzione di un sistema positivo di principi interpretativi *secundum legem*, perché si tratta del modo in cui si integrano funzionalmente i vari poteri dello Stato, del modo in cui, in relazione al tipo di integrazione predetta, funziona l'ordinamento come realtà "vivente", come fenomeno storico globale. Noi si deve avere riguardo ad uno Stato nel quale la giurisdizione opera in funzione della legge e nel quale, quindi, la finzione di verità, alla prova dei fatti, non possa più, *normalmente*, considerarsi tale. Del resto la disfunzione, lo sfasamento, può estendersi anche al rapporto fra giurisdizione ed esecuzione o attuazione forzata, se l'apparato esecutivo non ingrana a dovere con quello giurisdizionale. Non bisogna, comunque [...] trasformare la trattazione in una trattazione di patologia degli ordinamenti, come sembrano voler fare molti scrittori, magari iniettando per amor di causa il *virus* del disfacimento, o comunque elevando la giurisdizione, meglio, la giurisprudenza, a fonte del diritto».
[218] IRTI 2016, 81.

Scientificamente, perché – a meno di non abbracciare una versione assai rinunciataria del boskoviano "rigore è quando arbitro fischia" – non v'è nulla di ozioso e tantomeno di ideologico nel segnalare come *razionalmente infondate* anche le decisioni giudiziali contro cui l'ordinamento giuridico non appresta più rimedi.

Giuridicamente, perché le medesime decisioni, pur vincolanti nelle parti e nella misura di cui meglio ora si dirà, costituiscono al tempo stesso altrettanti *illeciti* commessi dai singoli organi giudiziali decidenti e per tali potrebbero in vario modo implicare varie forme di responsabilità giuridica connesse allo svolgimento di attività giurisdizionale[219].

Le conclusioni ora precisate traggono peraltro ulteriore e risolutiva conferma dal rilievo secondo cui, quand'anche si volesse enfatizzare la dimensione di vincolo espressa dal c.d. diritto giurisprudenziale *vivente*, tale vincolo non potrebbe in nessun caso porsi sullo stesso piano – dal punto di vista logico e giuridico – rispetto a quello connesso al diritto legislativo *vigente*.

Mentre di quest'ultimo (diritto vigente) a risultare giuridicamente vincolanti sono infatti le *norme*, per lo più generali ed astratte, ricavate tramite la corretta interpretazione dai relativi documenti normativi, del primo (diritto vivente) a risultare giuridicamente vincolanti e "coercibili" sono soltanto i *precetti*, sempre singolari e concreti, espressi dal *dispositivo*[220].

È vero che quest'ultimo detta la *soluzione* per il caso concreto, ma del resto è altrettanto vero che esso – per sua stessa struttura – risulta inidoneo a esprimere o veicolare qualsivoglia *norma*, giacché neppure si atteggia a interpretazione degli enunciati legislativi[221]. Ciò, nella sentenza, sarà semmai compito della *motivazione*, la quale però dal canto suo – a maggior ragione in un ordinamento come il nostro che non accoglie il principio dello *stare decisis* – non è giuridicamente né vincolante, né tantomeno coercibile e certo tale non può essere resa "per magia" dall'eventuale *trojan horse* di un suo "richiamo" effettuato dal dispositivo, i cui effetti sono a loro volta tassativamente predeterminati dal diritto processuale.

[219] Tema sul quale ora cfr. ELEFANTE 2016.

[220] Coloro i quali, pertanto, suggeriscono che il diritto giurisprudenziale vivente si imponga su quello legislativo per via della potenziale coazione che accompagna le sentenze, dimenticano che «l'uso della forza solitamente presuppone una previa dichiarazione *giudiziale* della doverosità (giuridica) dei comportamenti imposti nel caso specifico. Tuttavia [...] questa dichiarazione non viene veicolata attraverso le *interpretazioni* del disposto legislativo contenute nella parte "*motiva*" delle sentenze, bensì attraverso dei *precetti singolari e concreti* contenuti nel *dispositivo* di queste ultime». VIGNUDELLI 2013d, 576, con argomenti poi ripresi in 2014a, *passim*, ma spec. 229 s.

[221] Cfr. LUCIANI 2016, 405: «la regolazione del caso concreto si rinviene nel solo dispositivo. Possiamo tuttavia dire che quello contenga (sia) la "norma del caso concreto"? Non sembra. Al di là del fatto che anche il dispositivo va interpretato, per coloro che sovrappongono interpretazione/prodotto e norma, il dispositivo non può logicamente essere (o comunque contenere) alcuna norma, perché non è strutturato come interpretazione – né eleva alcuna pretesa interpretativa – dell'enunciato legislativo. Tale pretesa è elevata solo dalla motivazione». Analogamente anche PINO G. 2016, 36 s.

Le sentenze passate in giudicato – in altre parole, e per concludere – non sono *neppure concettualmente* idonee a trasformare l'ordinamento giuridico, se non in modo strutturalmente limitato e "transitorio"[222]. Proprio *nulla*, pertanto, sono in grado di togliere all'importanza fondamentale di una «ricostruzione *corretta* del diritto italiano *qual è*»[223] anche in presenza di un diritto giurisprudenziale divergente.

Importanza fondamentale non soltanto perché una rigorosa critica scientifica – e sottolineo ancora: *scientifica*, non ideologica – alle sentenze giuridicamente scorrette costituisce il presupposto pratico (non sufficiente, ma sicuramente necessario) per un possibile e ragionato cambiamento dello *status quo*. Ma anche, e vorrei dire soprattutto, perché si rivela l'unico modo serio per coltivare un altro po' quell'onestà intellettuale che, con Mark Twain, anche a me pare «la migliore di tutte le arti perdute» pure nel recinto degli studi giuridici. E come una volta scrisse il mio Maestro «questo basta, è quanto basta, e mi basta»[224].

Honni soit qui mal y (re-)pense.

[222] Sul punto cfr. ora SCARLATTI 2016, part. 260 ss.
[223] CHESSA 2014, 355 (primo corsivo mio).
[224] FOIS 2001, 762.

Riferimenti bibliografici

ALEXY R. 1994. *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, il Mulino, 2012 (ed. or. *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhurkamp, 1994, trad. it. di L. Di Carlo).

ALPA G. 2017. *Dal diritto pubblico al diritto privato*, Modena, Mucchi, 2017.

ANGIOLINI V. 1995. *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova, Cedam, 1995.

ASCOLI M. 1928. *La interpretazione delle leggi. Saggio di filosofia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1991.

BALDASSARRE A. 2001. *L'interpretazione della Costituzione*, in PALAZZO A. (ed.), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, ESI, 2001, 215 ss.

BALDASSARRE A. 2012. *Filosofie dei valori ed ermeneutica dei valori (a proposito del "pensare per valori")*, in «Lo Stato. Rivista semestrale di scienza costituzionale e teoria del diritto», 1, 2012, 3 ss.

BARBERA A. 2015. *La Costituzione della Repubblica italiana*, Milano, Giuffrè, 2015.

BARTOLE S. 2004. *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, il Mulino, 2004.

BARBERIS M. 2013. *Dei difetti della giurisprudenza costituzionale*, in BARBERIS M., VIGNUDELLI A., *"Nuovi" dialoghi sull'interpretazione*, Modena, Mucchi, 2013, 9 ss.

BETTI E. 1936. *Diritto processuale civile italiano*, 2 ed., Roma, Società editrice del Foro italiano, 1936.

BETTI E. 1949. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, Giuffrè, 1949.

BETTI E. 1990. *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1990.

BOBBIO N. 1938. *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, Istituto Giuridico della Regia Università di Torino, 1938.

BOBBIO N. 1996. *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1996.

BÖCKENFÖRDE E.W. 1976., *I metodi dell'interpretazione costituzionale*, in ID., *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006, 61 ss. (ed. or. *Die Methoden der Verfassungsinterpretation. Bestandsaufnahme und Kritik*, trad. it. di O. Brino e M. Tomba).

BORK R. 1986. *The Constitution, Original Intent, and Economic Rights*, in «San Diego Law Review», 23, 1986, 823 ss.

BORK R. 1991. *The Tempting of America. The political seduction of the law*, New York, Touchstone, 1991.

BREST P. 1980. *The Misconceived Quest For the Original Understanding*, in «Boston University Law Review», 60, 1980, 204 ss.

CAMPANILE D. 2004. *Cornelio Dolabella, la donna di Smirne e l'areopago*, in *Rendiconti lincei*, Classe di scienze morali, storiche e filologiche, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 15, 1, 2004, 155 ss.

CANANZI D.M. 2008. *Prolegomeni di una estetica del diritto*, Roma, Edizioni nuova cultura, 2008.

CANANZI D.M. 2013. *Formatività e norma. Elementi di teoria estetica dell'interpretazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 2013.

CARRINO A. 2015a. *Disobbedienza costituzionale? Dal primato della costituzione alla teologia dei diritti*, in «Lo Stato. Rivista semestrale di scienza costituzionale e teoria del diritto», 4, 2015, 25 ss.

CARRINO A. 2015b. *Contro i giusmoralisti. Appunti a margine di un libro sull'interpretazione costituzionale*, in «Lo Stato. Rivista semestrale di scienza costituzionale e teoria del diritto», 4, 2015, 235 ss.

CARNELUTTI F. 1936. *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, Cedam, 1936.

CHESSA O. 2014. *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2014.

CHIASSONI P. 1991. *L'interpretazione della legge: normativismo semiotico, scetticismo, giochi interpretativi*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello. II. Saggi teorico-giuridici*, Milano, Giuffrè, 1991, 121 ss.

CHIASSONI P. 1999. *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, Giuffrè, 1999.

CHIASSONI P. 2004. *Codici interpretativi. Progetto di voce per un* Vademecum *giuridico*, in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (eds.), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2004, 55 ss.

CIARAMELLI F. 2003. *Creazione e interpretazione della norma*, Enna, Città aperta edizioni, 2003.

COHEN M.R., NAGEL E. 1934. *An introduction to logic and scientific method*, San Diego, Harcourt, 1934.

COMANDUCCI P. 1999. *L'interpretazione delle norme giuridiche. La problematica attuale*, in BESSONE A. (ed.), *Interpretazione e diritto giudiziale*, I, Torino, Giappichelli, 1999.

CONTE A.G. 1962. *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino, Giappichelli, 1962.

COTTA S. 2014. *Itinerari esistenziali del diritto*, Torino, Giappichelli, 2014.

CRISAFULLI V. 1940. *I principi costituzionali dell'interpretazione ed applicazione delle leggi*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Padova, Cedam, 1940, 665 ss.

DENOZZA F. 1995. *La struttura dell'interpretazione*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1, 1995, 1 ss.

DICIOTTI E. 2003. *L'ambigua alternativa tra cognitivismo e scetticismo interpretativo*, Università degli Studi di Siena, Cantagalli, *Working Paper* del Dipartimento di Scienze storiche, giuridiche, politiche e sociali, 2003, 1 ss.

DI GIOVINE A. 2010. *Potere giudiziario e democrazia costituzionale*, in SICARDI S. (ed.), *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, Napoli, Esi, 2010, 31 ss.

DOGLIANI M. 2000. *Il ruolo della Corte costituzionale nel processo di deformalizzazione dell'ordinamento giuridico*, in Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, *Quaderno n. 11*, *Seminario 2000*, Torino, Giappichelli, 2000, 143 ss.

DWORKIN R. 1996. *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1996.

DWORKIN R. 1997. *The Arduous Virtue of Fidelity. Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve*, in «Fordham Law Review», 65, 1997, 1249 ss.

ELEFANTE F. 2016. *La responsabilità dello Stato e dei giudici da attività giurisdizionale. Profili costituzionali*, Napoli, Jovene, 2016.

ENGISCH K. 1968. *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè, 1970 (ed. or. *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, W. Kohlhammer, 1968, trad. it. di A. Baratta e F. Giuffrida Répaci).

ECO U. 1989. *Lector in fabula*, Milano, Bompiani, 1989.

FERRAJOLI L. 2017. *Costituzionalismo oltre lo Stato*, Modena, Mucchi, 2017.

FIORAVANTI M. 2016. *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in «Quaderni costituzionali», 1, 2016, 7 s.

FOIS S. 1973. *Legalità (principio di)*, in ID., *La crisi della legalità*, Milano, Giuffrè, 2010, 383 ss.

FOIS S. 1978. *Sindacati e sistema politico*, Milano, Giuffrè, 1978.

FOIS S. 2001. *Costituzione legale e costituzione materiale*, in ID., *La crisi della legalità*, Milano, Giuffrè, 2010, 743 ss.

FROSINI V. 1990. *Lezioni di teoria dell'interpretazione giuridica*, Roma, Buzzoni Editore, 1990.

FROSINI V. 1994. *La lettera e lo spirito della legge*, Milano, Giuffrè, 1994.

GALLO F. 2005. *L'interpretazione del diritto è affabulazione?*, Milano, LED, 2005.

GALLO F. 2014. *Carattere ideologico della soggezione del giudice alla legge*, Torino, Giappichelli, 2014.

GALLONI G. 1955. *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1955.

GIANNINI M.S. 1939. *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1939.

GIULIANI A. 1982. *Interpretazione della legge*, in AA.VV., *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, I, *Premesse e disposizioni preliminari*, Torino, UTET, 1982, 218 ss.

GORLA G. 1969. *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in «Foro italiano», 92, 1969, 112 ss.

GROSSI P. 1997. *I domini collettivi come realtà complessa nei rapporti col diritto statuale*, in «Rivista di diritto agrario», 1997, 261 ss.

GUARINO G. 1951. *Abrogazione e disapplicazione delle leggi*, in «Jus», 1951, 356 ss.

GUARNIER T. 2014. *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014.

GUASTINI R. 1989. *Produzione e applicazione del diritto. Lezioni sulle "preleggi"*, 2 ed., Torino, Giappichelli, 1989.

GUASTINI R. 1991. *Commento all'art. 12. Disposizioni sulla legge in generale*, in AA.VV., *Commentario al codice civile*, diretto da P. Cendon, Torino, UTET, 1991, 39 ss.

GUASTINI R. 1993. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993.

GUASTINI R. 1998. *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento italiano*, in «Ragion pratica», 11, 1998, 185 ss.

GUASTINI R. 2004. *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004.

GUASTINI R. 2006. *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», 51, 1, 2006, 743 ss.

GUASTINI R. 2008. *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma, Aracne, 2008.

GUASTINI R. 2011. *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011.

HORKHEIMER M. 1947. *Eclisse della ragione. Critica della ragione strumentale*, Torino, Einaudi, 1969 (ed. or. *Eclipse of Reason*, Oxford, Oxford University Press, trad. it. di E. Vaccari Spagnol).

IRTI N. 1996. *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 codice civile*, Padova, Cedam, 1996.

IRTI N. 2016. *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016.

ITALIA V. 2006. *L'interpretazione delle regole giuridiche nei sistemi normativi*, Milano, Giuffrè, 2006.

JORI M. 1972. *Il concetto di norma nella scienza empirica del diritto*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1972, 55 ss.

JORI M. 1978. *Osservazioni su ideologia, ordinamento e interpretazione*, in «Sociologia del diritto», 1978, 421 ss.

JORI M. 1995a. *Semiotica giuridica*, in JORI M., PINTORE A., *Manuale di teoria generale del diritto*, 2 ed., Torino, Giappichelli, 1995, 305 ss.

JORI M. 1995b. *Definizioni giuridiche e pragmatica*, in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (eds.), *Analisi e diritto 1995. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 1995, 109 ss.

JORI M. 2016. *Pragmatica giuridica*, Modena, Mucchi, 2016.

KELSEN H. 1934. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1952 (ed. or. *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig-Wien, F. Deuticke, trad. it. di R. Treves).

KUNDERA M. 1984. *L'insostenibile leggerezza dell'essere*, Milano, Adelphi, 1985 (tr. it. di A. Barbato e G. Dierna).

LANEVE G. 2014. *La giustizia costituzionale nel sistema dei poteri. I. Interpretazione e giustizia costituzionale: profili ricostruttivi*, Bari, Cacucci, 2014.

LASERRA G. 1955. *L'interpretazione della legge*, Napoli, Jovene, 1955.

LAZZARO G. 1965. *L'interpretazione sistematica della legge*, Torino, Giappichelli, 1965.

LAZZARO G. 1980. *La funzione dei giudici*, in GUASTINI R. (ed.), *Problemi di teoria del diritto*, Bologna, il Mulino, 1980, 299 ss.

LUCIANI M. 1991. *Corte costituzionale e unità nel nome di valori*, in ROMBOLI R. (ed.), *La giustizia costituzionale ad una svolta*, Torino, Giappichelli, 1991, 170 ss.

LUCIANI M. 2012. *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in «Giurisprudenza costituzionale», 5, 2012, 3823 ss.

LUCIANI M. 2016. *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del Diritto. Annali*, IX, Milano, Giuffrè, 2016, 391 ss.

LUZZATI C. 1990. *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1990.

LUZZATI C. 1999. *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1999.

LUZZATI C. 2000. *Se una volta un giurista al buffet della stazione*, in VELLUZZI V. (ed.), *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2000, 65 ss.

LUZZATI C. 2012. *Prìncipi e princìpi. La genericità nel diritto*, Torino, Giappichelli, 2012.

LUZZATI C. 2016a. *Del giurista interprete. Linguaggio, tecniche, dottrine*, Torino, Giappichelli, 2016.

LUZZATI C. 2016b. *La pragmatica di Mario*, in PINTORE A., ZORZETTO S. (eds.), *Studi di filosofia analitica del diritto per Mario Jori*, Napoli, ESI, 2016, 83 ss.

MANZONI A. 1840. *I promessi sposi*, Milano, Tipografia Guglielmini e Redaelli, 1840.

MARZANO G. 1955. *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1955.

MEROLA CHIERCHIA P. 1978. *L'interpretazione sistematica della Costituzione*, Padova, Cedam, 1978.

MODUGNO F. 1973. *Legge (vizi della)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, 1000 ss.

MODUGNO F. 2005. *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in «Costituzionalismo.it», 3, 2015, 1 ss.

MONAGHAN H. 1988. *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*, in «Columbia Law Review», 88, 1988, 723 ss.

MONATERI P.G. 1998. *«Correct our Watches by the public clocks». Interpretazione del diritto e Nihilismo giuridico*, in VATTIMO G., DERIDDA J. (eds.), *Diritto, giustizia e interpretazione*, Roma-Bari, Laterza, 1998, 189 ss.

DE MONTAIGNE M.E. 1595. *Les Essais,* Paris, Librairie Générale Française, 2001.

MORRISON M.J. 1989. *Excursion into the Nature of Legal Language*, in «Cleveland State Law Review», 37, 1989, 271 ss.

MORTATI C. 1969. *Le leggi provvedimento*, Milano, Giuffrè, 1969.

NISTICÒ M. 2015. *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Torino, Giappichelli, 2015.

PALADIN L. 1964. *Legittimità e merito delle leggi nel giudizio costituzionale*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», XVIII, 1964, 304 ss.

PALADIN L. 1993. *Costituzione, preleggi e codice civile*, in «Rivista di diritto civile», 39, 1993, 19 ss.

PAPADOPULOS I.S. 1998. *Interpretazione artistica ed ermeneutica giuridica. Variazioni su un tema di Ronald Dworkin*, in «Rivista di diritto civile», 44, 1998, 211 ss.

PARESCE F. 1972. *Interpretazione (filosofia)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXII, Milano, Giuffrè, 1972, 152 ss.

PEDRINI F. 2013. *Colloquio su Filosofia e (Scienza del) Diritto. Intervista al Prof. Emanuele Severino (8 giugno 2013)*, in «Lo Stato. Rivista semestrale di scienza costituzionale e teoria del diritto», 1, 2013, 151 ss.

PEDRINI F. 2014a. *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, prima ristampa riveduta e corretta, Bologna, Bononia University Press, 2014.

PEDRINI F. 2014b. *Colloquio su Princìpi, Diritto e Giustizia. Intervista al Prof. Robert Alexy (Kiel, 27 febbraio 2014)*, in «Lo Stato. Rivista semestrale di scienza costituzionale e teoria del diritto», 2, 2014, 125 ss.

PEDRINI F. 2014c. *Colloquio sul Pluralismo. Intervista al Prof. Pietro Rescigno (Roma, 22 novembre 2014)*, in «Lo Stato. Rivista semestrale di scienza costituzionale e teoria del diritto», 3, 2014, 197 ss.

PEDRINI F. 2015a. *Colloquio su Metodo, Interpretazione e* Richterstaat. *Intervista al Prof. Bernd Rüthers (Konstanz, 14 novembre 2015)*, in «Lo Stato. Rivista semestrale di scienza costituzionale e teoria del diritto», 5, 2015, 189 ss.

PEDRINI F. 2015b. *Clausole generali e principi costituzionali*, in «Forum di Quaderni Costituzionali», 6, 2015, 1 ss.

PEDRINI F. 2016. *Colloquio su Scienza, Diritto e Comparazione. Intervista al Prof. Rodolfo Sacco (Torino, 24 gennaio 2017)*, in «Lo Stato. Rivista semestrale di scienza costituzionale e teoria del diritto», 7, 2016, 151 ss.

PERLINGIERI P. 1985. *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo* in claris non fit interpretatio, *il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in «Rassegna di diritto civile», 1985, 990 ss.

PERLINGIERI P. 2006. *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica*, in FEMIA P. (ed.), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, Esi, 2006, 1 ss.

PINNA P. 2015. *La disposizione valida e la norma vera*, Milano, Franco Angeli, 2015.

PINO A. 1996. *La ricerca giuridica. Finalità, oggetto, metodo*, Padova, Cedam, 1996.

PINO G. 2010. *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2010.

PINO G. 2016. *Teoria analitica del diritto* I. *La norma giuridica*, Pisa, Ets, 2016.

PINO G., VILLA V. 2016. Rule of Law. *L'ideale della legalità*, Bologna, il Mulino, 2016.

PINTORE A. 1990. *La teoria analitica dei concetti giuridici*, Napoli, Jovene, 1990.

PIZZORUSSO A. 1988. *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988, 71 ss.

PIZZORUSSO A. 1989. *L'interpretazione della Costituzione e l'attuazione di essa attraverso la prassi*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1, 1989, 3 ss.

POGGI F. 2007. *Contesto e significato letterale*, in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (eds.), *Analisi e diritto 2006. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2007, 169 ss.

POWELL H.J. 1985. *The Original Understanding of Original Intent*, in «Harvard Law Review», 98 (5), 1985, 885 ss.

POZZI G. 2013. *Tacet*, Milano, Adelphi, 2013.

QUADRI R. 1974. *Dell'applicazione della legge in generale, Artt. 10-15*, in SCIALOJA V., BRANCA G. (eds.), *Commentario del Codice civile*, Bologna-Roma, Zanichelli-Società editrice del Foro Italiano, 1974.

REGASTO S.F. 1997. *L'interpretazione costituzionale. Il confronto tra "valori" e" principi" in alcuni ordinamenti costituzionali*, Rimini, Maggioli, 1997.

RESCIGNO G.U. 2008. *Comunicazione, comprensione, interpretazione di disposizioni normative*, in «Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali», 120, 2008, 589 ss.

RESCIGNO G.U. 2011. *Diritto costituzionale. Approccio metodologico*, Modena, Mucchi, 2011.

ROSS A. 1929. *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Leipzig-Wien, F. Deuticke, 1929.

ROSS A. 1958. *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi, 2001 (ed. or. *On Law and Justice*, London, Stevens, trad. it. di G. Gavazzi).

ROSS A. 1968. *Direttive e norme*, Milano, Edizioni di Comunità, 1978 (ed. or. *Directives and Norms*, London, Routledge & Kegan, trad. it. di M. Jori).

RÜTHERS B. 2012. *Die unbegrenzte Auslegung – Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, XII ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2012.

RÜTHERS B. 2014. *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014.

SACCO R. 1947. *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 1947.

SARTORI G. 1975. *La torre di Babele*, in SARTORI G., *Logica, metodo e linguaggio nelle scienze sociali*, Bologna, il Mulino, 2011, 91 ss.

SARTORI G. 1984. *Regole per l'analisi dei concetti*, in SARTORI G. *Logica, metodo e linguaggio nelle scienze sociali*, Bologna, il Mulino, 2011, 143 ss.

SCALIA A. 1989. *Originalism. The Lesser Evil*, in «University of Cincinnati Law Review», 57, 1989, 849 ss.

SCARLATTI P. 2016. *Diritto costituzionale transitorio*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.

SCARPELLI U. 1956. *La natura della metodologia giuridica*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», XXIII, 1956, 247 ss.

SCARPELLI U. 1961. *Filosofia analitica, norme e valori*, Milano, Comunità, 1961.

SCARPELLI U. 1969. *Semantica, morale, diritto*, Torino, Giappichelli, 1969.

SCARPELLI U. 1971. *Il metodo giuridico*, in «Rivista di diritto processuale», 4, 1971, 554 ss.

SCARPELLI U. 1985. *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Milano, Giuffrè, 1985.

SCARPELLI U. 1984. *L'interpretazione. Premesse alla teoria dell'interpretazione giuridica*, in SCARPELLI U., TOMEO V. (eds.), *Società norme e valori. Studi in onore di Renato Treves*, Milano, Giuffrè, 1984, 141 ss.

SCHAUER F. 2008. *A Critical Guide to Vehicles in the Park*, in «New York University Law Review», 83, 2008, 1109 ss.

SCIALOJA V. 1898. *Sulla teoria della interpretazione delle leggi*, in ID., *Scritti giuridici*, III, Roma, Anonima Romana Editoriale, 1932, 46 ss.

SORRENTINO F. 2007. *Le fonti del diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2007.

TARELLO G. 1980. *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980.

TULLIO L. 2010. *Commento agli artt. 12-16 delle Disposizioni preliminari al codice civile*,

in PERLINGIERI G. (ed.), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, diretto da G. Perlingieri, *Disp. prel. e Libro I*, III ed., Napoli, ESI, 2010, 162 ss.

VELLUZZI V. 2010. *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, Giuffrè, 2010.

VELLUZZI V. 2012. *Sulla nozione di "interpretazione giuridica corretta"*, in ID., *Tra teoria e dogmatica. Sei studi intorno all'interpretazione*, Pisa, ETS, 2012, 19 ss.

VELLUZZI V. 2013. *Le Preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, Pisa, ETS, 2013.

VERDE G. 2012. *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli, ESI, 2012.

VIGNUDELLI A. 1988. *La corte delle leggi. Osservazioni sulla cosiddetta efficacia normativa delle sentenze della Corte costituzionale*, Rimini, Maggioli, 1988.

VIGNUDELLI A. 2006. *Sulla separazione dei poteri nel diritto vigente*, in «Diritto e Società», 4, 2006, 657 ss.

VIGNUDELLI A. 2011. *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, Giappichelli, 2011.

VIGNUDELLI A. 2012. *Interpreti* vs. *Legislatore. La contesa del primato sulla produzione del diritto alla luce della Carta costituzionale repubblicana*, in «Rassegna Parlamentare», 3, 2012, 541 ss.

VIGNUDELLI A. 2013a. Honni soit qui mal y (re-)pense. *Una seconda risposta (e qualche ulteriore domanda) a Mauro Barberis*, in BARBERIS M., VIGNUDELLI A., *"Nuovi" dialoghi sull'interpretazione*, Modena, Mucchi, 2013, 26 ss.

VIGNUDELLI A. 2013b. Amicus plato (reloaded), in BARBERIS M., VIGNUDELLI A., *"Nuovi" dialoghi sull'interpretazione*, Modena, Mucchi, 2013, 61 ss.

VIGNUDELLI A. 2013c. *Valori fuori controllo? Per un'analisi costi/benefici d'un* topos *della letteratura costituzionalistica contemporanea*, in «Lo Stato. Rivista semestrale di scienza costituzionale e teoria del diritto», 1, 2013, 71 ss.

VIGNUDELLI A. 2013d. *«Non lo fo' per piacer mio...». Brevi osservazioni (e qualche ulteriore quesito) sull'"insostenibile" avalutatività dell'interpretazione giuridica*, in «Diritto e Società», 3, 2013, 559 ss.

VIGNUDELLI A. 2014a. *«Rigore è quando arbitro fischia»? Ovvero: (anche) con Pino monologo spesso*, in «Lo Stato. Rivista semestrale di scienza costituzionale e teoria del diritto», 2, 2014, 211 ss.

VIGNUDELLI A. 2014b. *Come un* post scriptum. *"Interpretazione e Costituzione" tra* Prequel *e* Sequel, in «Diritto & questioni pubbliche», 14, 2014, 1013 ss.

VIGNUDELLI A. 2016a. *"Quant'è bella correttezza, che si fugge tuttavia...". Parte prima. Presupposti teorici e metodologici*, in «Diritto & questioni pubbliche», 16, 2016, 233 ss.

VIGNUDELLI A. 2016b. *Il fantasma della legalità. Fatti e misfatti della Corte costitu-*

zionale tra legge e Costituzione, in «Lo Stato. Rivista semestrale di scienza costituzionale e teoria del diritto», 7, 2016, 85 ss.

VILLA V. 1974. *L'intenzione del legislatore nell'art. 12 Disp. Prel.*, in VIOLA F., VILLA V., URSO M. (eds.), *Interpretazione e applicazione del diritto fra scienza e politica*, Palermo, Edizioni C.E.L.U.P., 1974, 125 ss.

VILLA V. 2016. *Disaccordi interpretativi profondi*, Modena, Mucchi, 2016.

VIOLA F., ZACCARIA G. 2004. *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

WHITTINGTON K.E. 2004. *The New Originalism*, in «Georgetown Journal of Law and Public Policy», 22, 2004, 599 ss.

VON WRIGHT G.H. 1963. *Norma e azione*, Bologna, il Mulino, 1989 (ed. or. *Norm and Action*, London, Routledge & Kegan, trad. it. di A. Emiliani).

ZAGREBLESKY G. 1984. *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, Eges, 1984.

ZAGREBELSKY G. 1992. *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992.

ZIPPELIUS R. 1976. *Rechtsphilosophische Aspekte der Rechtsfindung*, in «JuristenZeitung», 5-6, 1976, 150 ss.

RECENSIONI E DISCUSSIONI

CONTRIBUTI DI GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ IN CAMPO DI ETICA E DIRITTI

ALESSANDRO **DI ROSA**

&dq

Contributi di Gregorio Peces-Barba Martínez in campo di etica e diritti

Gregorio Peces-Barba Martínez's Contributions in the Field of Ethics and Rights

ALESSANDRO DI ROSA

Dottorando di ricerca in "Scienze Giuridiche", Università degli Studi di Parma
Email: alessandro.dirosa@unipr.it

ABSTRACT
Etica pubblica e diritti fondamentali (a cura di Michele Zezza) raccoglie alcuni saggi di Gregorio Peces-Barba Martínez sui diritti fondamentali. Questa recensione si propone di ripercorre l'evoluzione del suo pensiero sul tema.

Etica pubblica e diritti fondamentali (edited by Michele Zezza) collects Gregorio Peces-Barba Martínez's essays and works on fundamental rights. This review aims at retracing the evolution of his thought on this topic.

KEYWORDS
Gregorio Peces-Barba, diritti fondamentali, etica, diritto

Gregorio Peces-Barba, fundamental rights, ethics, law

© 2016, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
Tutti i diritti sono riservati.

Contributi di Gregorio Peces-Barba Martínez in campo di etica e diritti

ALESSANDRO DI ROSA

1. Il libro raccoglie alcuni importanti saggi che Gregorio Peces-Barba Martínez (1938-2012) scrisse tra il 1986 e il 2000, permettendo al lettore di addentrarsi nella vita e nel pensiero del filosofo del diritto e politico spagnolo.

L'idea che emerge dal testo è quella di un autore in cui si compenetrano «l'approfondimento teorico» e «la traduzione in pratica delle convinzioni così acquisite» (7): la sua carriera universitaria basata sullo studio dei diritti umani viene confrontata, sin dal *Prologo* di Mario Losano (7-20), con la loro «realizzazione attraverso la militanza politica e parlamentare» (8). Gregorio Peces-Barba, infatti, non fu solo un accademico, ma anche uomo politico, militante nel PSOE (*Partido Socialista Obrero Español*) clandestino sotto Franco, padre costituente della Costituzione spagnola del 1978 e deputato, e, infine, Presidente del Parlamento, incarico che manterrà fino al 1986, prima del ritorno all'Università Complutense di Madrid.

Dal momento che quel rientro alla sua «casa di sempre» (11) non fu idilliaco, a causa della fredda e ostile accoglienza di molti colleghi, Peces-Barba si cimentò con grande determinazione nel progetto di fondazione dell'Università Carlos III, al sud di Madrid, della quale fu rettore dal 1989 al 2007. È in quegli anni che lavorerà, insieme ad alcuni colleghi e allievi, ad una monumentale *Historia de los derechos fundamentales*[1] in 22 volumi, conclusasi dopo la sua scomparsa.

Grazie all'individuazione delle linee fondamentali del pensiero di Peces-Barba, nel saggio introduttivo di Michele Zezza (21-29), tutti i testi raccolti risultano di facile comprensione. Tra i punti cardine della sua riflessione, viene individuato il concetto di *dignità umana*, il quale fonda il tentativo di «elaborare e promuovere un modello normativo di convivenza sociale» (21): esso coniuga diverse correnti storiche e filosofiche, come l'umanesimo rinascimentale, il giusnaturalismo moderno, la filosofia illuminista, alcuni aspetti cardine del liberalismo politico, il pensiero

* Recensione a Gregorio Peces-Barba Martínez, *Etica pubblica e diritti fondamentali*, a cura di Michele Zezza, con un Prologo di Mario G. Losano, FrancoAngeli, Milano, 2016, 168.

[1] ANSUÁTEGUI ROIG et al. 2014.

socialista e democratico. Proprio dal principio di dignità, unitamente ad una concezione antropologica ottimistica di fondo, egli fa derivare gli altri principi che costituiscono il paradigma politico e giuridico della modernità: libertà, uguaglianza, solidarietà e sicurezza.

2. Altre due categorie che informano gli studi di Peces-Barba sono individuabili nella *ragione* e nella *storia*: esse compongono gli estremi di un continuo dissidio che lo portò al tentativo di conciliazione tra le due dimensioni (23). Questo tentativo tiene in considerazione tanto l'elemento razionale quanto quello dell'evoluzione sociale, permettendo una fondazione *etica* dei diritti umani che sia sempre collocabile in un momento determinato. A partire da tale paradigma, inoltre, si comprende la separazione metodologica tra *fondamento* («filosofia dei diritti») e *concetto* («diritto positivo»), così come tra il piano *giuridico* e quello *morale* (25).

Il saggio *Sulla funzione della storia nel concetto di diritti fondamentali* (1986-1987) mette in risalto questa doppia composizione entro la quale si può comprendere la dimensione dei diritti, a partire dall'individuazione del paradigma dei *diritti umani* come prodotto teorico della modernità (45). L'identificazione della continuità nell'evoluzione dei diritti permette di cogliere il processo espansivo di cui essi sono protagonisti. Dopo la *teorizzazione* nell'età moderna, Peces-Barba riflette sul problema della *positivizzazione* grazie a figure come Hobbes, Locke, Pufendorf e Burlamaqui, nei quali già si riscontra l'impossibilità di fondazione dei diritti umani attraverso la sola prospettiva giusnaturalista (cfr. 53-57): per questo si dovrà attendere la Dichiarazione d'Indipendenza degli Stati Uniti del 1776 e la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789.

Il processo di *generalizzazione*, poi, apre la strada all'affermazione dell'uguaglianza formale di tutti gli esseri umani, entro la prospettiva dell'estensione dei diritti, contestata dal lato conservatore come offesa alla libertà (63) e dal lato socialista come imposizione del modello borghese e individualista (65). L'insufficienza della protezione ad un livello solo statale, successivamente a tale processo di estensione, evidenzia la necessità della cooperazione internazionale tra Stati (fase dell'*internazionalizzazione*), un processo ancora *in fieri*, parzialmente realizzato, secondo Peces-Barba, solo nell'istituzione del Consiglio d'Europa (71). L'ultimo passaggio è quello della *specificazione*, che si basa su un'idea di eguaglianza materiale e, dunque, di differenziazione, aprendo all'ampliamento della titolarità dei diritti, sul presupposto di un'universalità «nel punto di arrivo» (124).

3. Oltre ai diritti fondamentali, Peces-Barba si interrogò anche sui *doveri*, dei quali indagò tanto l'origine storica quanto il concetto. La categoria di dovere, storicamente legata all'ambito etico e religioso (75), approda in ambito giuridico anche

grazie all'apporto, nel XVII secolo, dell'individualismo. Dopo una riflessione filosofico-giuridica che delinea il concetto di dovere in autori come Cicerone, Hobbes, Pufendorf e Kant (cfr. 75-76), Peces-Barba sottolinea come nella Dichiarazione del 1789 non si faccia alcun riferimento ai *doveri*: essi si incontrano dopo la reazione termidoriana seguita alla morte di Robespierre, a partire dalla Costituzione francese dell'anno III (1795), ove sono concepiti come bilanciamento dei diritti per attenuare le conseguenze della Rivoluzione. «Nel costituzionalismo successivo, indipendentemente dal carattere progressista o moderato del testo in questione, sono inclusi i doveri fondamentali dei cittadini» (78).

Dopo aver rigettato le posizioni del realismo scandinavo (che vedono nel dovere giuridico una funzione ideologica), nonché quelle di Jeremy Bentham e di Hans Kelsen, che riducono il dovere all'esistenza, rispettivamente, di un *danno* o di una *sanzione*, Peces-Barba fa derivare la nozione di *dovere* dalla riflessione di H.L.A. Hart, qualificandolo come contenuto indipendente dalla sua origine morale, positivizzato e tendenzialmente soggetto ad una sanzione, pur ammettendo l'esistenza di doveri che ne difettano. Svolta questa riflessione, definisce la relazione tra diritto soggettivo e dovere giuridico nei seguenti termini: il dovere nasce laddove vi sia l'esistenza del diritto soggettivo di qualcuno di esigere un comportamento o la sua omissione (83). Per estensione, dunque, se ne ritaglia la definizione sulla base delle cosiddette «dimensioni fondamentali» della vita dell'uomo nella società (84). Sul contenuto dei doveri fondamentali, Peces-Barba utilizza un'impostazione rawlsiana, identificando nel valore della *giustizia* il primo dovere di una società, dal quale far discendere il dovere di governo e di obbedienza (86).

Indagando sul fondamento dei diritti umani, egli rifiuta gli approcci riduzionisti che vorrebbero ricondurlo entro l'alveo della *positività* («forza senza spirito») o della sola *morale* («spirito senza forza»; cfr. 93). Il filosofo del diritto spagnolo individua il concetto-chiave della costruzione razionale sui diritti umani nei valori della libertà e dell'uguaglianza (97), giungendo a definire una «libertà sociale, politica e giuridica», composta al contempo dalle dimensioni *psicologica* e *morale*, nella quale egli vede la «sintesi dei diritti umani» (99). A partire da tale concetto, analizza la stratificazione di libertà e di eguaglianza in tre distinti modelli: quello *liberale*, fondato su una libertà intesa come «non interferenza»; quello *socialista*, che incorpora «elementi egualitari» nella libertà; e quello *democratico*, che consente una libertà eguale di partecipazione alla creazione delle regole (103).

Affrontando il problema dell'universalità dei diritti umani, il filosofo del diritto spagnolo insiste su alcune precisazioni terminologiche. Prima fra tutte, quella che distingue tra il piano *logico* (universalità come titolarità ascrivibile a tutti gli esseri umani), il piano *temporale* (universalità come validità *semper et ad semper*) e il piano *spaziale* (universalità come validità in ogni contesto politico e giuridico), ovvero gli ambiti della *ragione*, della *storia* e della *cultura* (108). In secondo luogo, fa notare che, mentre in italiano e in francese si parla di universalismo, in spagnolo si

utilizzano indistintamente i termini *universalità* e *universalismo* come sinonimi; tuttavia, se il secondo si presterebbe meglio ad indicare la qualità propria ed esclusiva dei diritti, indipendentemente dal contesto, il primo manterrebbe nel significato la collocazione dei diritti, pur razionali e validi per tutti, in uno specifico contesto storico o giuridico (109). Ciò gli permette di definire un'universalità *razionale*, il cui elemento universale «è costituito dalla moralità fondamentale dei diritti» (119), un'universalità *temporale*, derivante dal carattere storico degli stessi, nonché un'universalità *spaziale*, intesa come necessità di lotta ai nazionalismi e attenzione ai diritti umani come obiettivo da raggiungere su scala internazionale (120).

4. Il volume mette in risalto, tra altri temi, anche l'importanza del ruolo dell'educazione e della cultura, esemplificato dalle importanti battaglie che Peces-Barba condusse a favore dell'introduzione della materia *Educación para la ciudadanía y derechos humanos* nei gradi di istruzione primaria e secondaria in Spagna, sul presupposto della necessità di insegnamento di alcuni fondamentali valori laici nello Stato democratico; ad essa, peraltro, dedicò un volume omonimo[2]. Nel 2013, tuttavia, il PP (*Partido Popular*), che aveva sostituito il PSOE al governo l'anno prima, ne abolì l'insegnamento, causando una reazione negativa negli ambienti della sinistra spagnola da cui proveniva l'autore.

Il dato biografico chiarisce la posizione di Peces-Barba, che dedicò parte dei suoi studi anche alla distinzione tra *etica pubblica* ed *etica privata*. Il diritto ha, nella sua visione, contenuti morali, che tuttavia acquisiscono validità solo in caso di incorporazione in una norma giuridica (il che giustifica la collocazione del filosofo entro un panorama di «positivismo corretto»[3]). Obiettivo precipuo dell'etica pubblica «è di orientare l'organizzazione della società in modo tale che ogni persona possa ottenere il massimo sviluppo della propria dignità nelle sue dimensioni» (133): aderendo ad una concezione politica liberale rawlsiana, si separa la dimensione pubblica dell'etica, le cause di accettazione della quale si riscontrano sia nel *consenso* sia nella *forza*, dalle «concezioni del bene», rientranti nei contenuti di etica privata, modellati solo sul paradigma del consenso (138). Inoltre egli aderisce ad un approccio *procedurale*, individuando i contenuti dell'etica pubblica negli ambiti della limitazione e organizzazione del potere, nonché del funzionamento dello stesso e della promozione sociale (cfr. 142-143).

5. Nell'ultimo saggio del volume, il più recente anche cronologicamente, *Diritti sociali: origini e concetto* (2000), Peces-Barba affronta la storia di questa controversa figura giuridica partendo dall'archetipo della *philia* tipico del pensiero classico,

[2] PECES-BARBA MARTÍNEZ 2007.
[3] PECES-BARBA MARTÍNEZ 1999, 123.

passando per l'idea del valore della singola persona, caratteristica del cristianesimo, e per l'autonomia spirituale dell'individuo, di matrice rinascimentale. Tale idea, dal suo punto di vista, viene spezzata dall'«imporsi di una mentalità individualistica, egoistica, imperniata sulla ricerca del profitto e sulla celebrazione del mercato», da farsi risalire a *La ricchezza delle nazioni* di Adam Smith (148), che costituisce il simbolo del rifiuto dell'intervento pubblico in favore del potere della "mano invisibile" del mercato nello Stato minimo. È così che l'affermazione intellettuale dei diritti sociali viene a costituire, nell'Ottocento, una rivendicazione che troverà positivizzazione nel secolo successivo.

Definiti «di terza generazione», i diritti economici, sociali e culturali, che si articolano in diritti di credito o di prestazione (158), si delineano come diritti fondamentali non più in base alla logica dell'*universalità a priori*, bensì in relazione all'adozione di un'*eguaglianza come differenziazione*, in quanto «cercano di fornire ai più svantaggiati gli strumenti affinché, di fatto, possano competere e convivere con coloro che non necessitano di tali aiuti» (161).

Quest'opera si rivela dunque di grande importanza nel contesto italiano, ove fino ad oggi l'unico testo tradotto del filosofo del diritto spagnolo era *Teoria dei diritti fondamentali* (1991)[4].

[4] Peces-Barba Martínez 1991.

Riferimenti bibliografici

Ansuátegui Roig F.J., Rodríguez Uribes J.M., Peces-Barba Martínez G., Fernández García E. (eds.) 2014. *Historia de los derechos fundamentales*, 22 vol., Madrid, Dykinson, 2014.

Peces-Barba Martínez G. 1991. *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 1993 (ed. or. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*, a cura di V. Ferrari, trad. it. di L. Mancini, Madrid, Boletín Oficial del Estado y Universidad Carlos III de Madrid, 1991).

Peces-Barba Martínez G. 1999. *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Madrid, Dykinson, 2008.

Peces-Barba Martínez G. 2008. *Educación para la ciudadanía y derechos humanos*, Madrid, Espasa Calpe, 2008.

Peces-Barba Martínez G. 2016. *Etica pubblica e diritti fondamentali*, Milano, Franco Angeli, 2016.

DIRITTI IN (LUNGO) CAMMINO.

LE STRADE DEL GIUSFEMMINISMO

GABRIELE **MAESTRI**

&dq

Diritti in (lungo) cammino.
Le strade del giusfemminismo

Rights on Their (Long) Way.
Paths of Feminist Jurisprudence

GABRIELE MAESTRI

Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate, attualmente dottorando in Scienze politiche – Studi di genere presso l'Università degli Studi Roma Tre
Email: sistemi.elettorali@gmail.com

ABSTRACT
Il contributo dà conto di alcune tra le più importanti questioni affrontate dal femminismo giuridico nel corso degli anni – dalle riflessioni sulla presunta neutralità del diritto agli sviluppi più recenti in tema di bioetica, disabilità e violenza contro le donne – ripercorrendo i testi contenuti nel volume di Thomas Casadei *Donne, diritto, diritti*.

This contribution deals with some of the most important issues deepened by feminist jurisprudence through the years, from reflections about (questioned) neutrality of law to recent thoughts on bioethics, disabilities and violence against women. This is done analyzing the content of the collective book *Donne, diritto, diritti*, edited by Thomas Casadei.

KEYWORDS
Bioetica, diritti, diritto, femminismo giuridico

Bioethics, feminist jurisprudence, law, rights

© 2017, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
Tutti i diritti sono riservati.

Diritti in (lungo) cammino.
Le strade del giusfemminismo

GABRIELE MAESTRI

«Noi italiane ci rivolgiamo perciò a quel Parlamento [...] [affinché] voglia, considerandoci nei nostri soli rapporti con lo Stato, riguardarci per quello che siamo veramente: cittadine, contribuenti e capaci [...]». La citazione, tratta dalla *Petizione per il voto politico alle donne*, redatta nel 1877 da Anna Maria MOZZONI (1975, 128 s.), a quasi centoquarant'anni dalla sua stesura (e a poco più di settanta dalla concessione del voto alle donne in Italia) sembra aver conservato in parte la sua validità. Lo testimoniano, per esempio, l'inesauribile dibattito sulle cosiddette "quote rosa", riaccesosi per anni a ogni appuntamento elettorale (e oggi ugualmente presente, sia pure in forme diverse) o gli esiti di indagini come quelle svolte dall'European Institute for Gender Equality, ove si legge che in Italia il livello di uguaglianza di genere nell'ambito del potere decisionale, politico e economico, su una scala da 1 a 100, si ferma solo a 21, 8 (l'Unione europea arriva a un pur non esaltante 39, 7)[1].

Nonostante alcuni miglioramenti – tale indice, nel 2005, era di 31, 4[2] – gran parte dell'Europa deve compiere ancora vari passi avanti verso l'obiettivo d'una condizione di reale parità tra uomini e donne: l'Italia si colloca pienamente in tale scenario. Una simile consapevolezza risente anche della mancanza, nel nostro paese, di una consolidata riflessione sul rapporto tra donne, sistema giuridico-istituzionale e diritti, dal punto di vista tanto delle concezioni filosofiche di fondo, quanto dell'adeguatezza degli strumenti del diritto ad affrontare questioni

* Recensione a CASADEI TH. (ed.), *Donne, diritto, diritti. Prospettive del giusfemminismo*, Torino, Giappichelli, 2015. Dovendomi riferire ai contenuti dell'opera collettanea, indicherò di volta in volta la pagina considerata, preceduta ove occorra dal nome di chi ha scritto il contributo.

[1] I dati, aggiornati al 2015 ma relativi al 2012, sono disponibili nel *report* dell'European Institute for Gender Equality *Gender Equality Index 2015. Measuring gender equality in the European Union 2005-2012*, consultabile all'indirizzo http://eige.europa.eu/sites/default/files/documents/mh0215616enn.pdf; se ne può leggere una sintesi nel dossier n. 116, curato dal Servizio Studi della Camera (XVII legislatura, 18 aprile 2016, 4° ed.) e disponibile all'indirizzo http://documenti.camera.it/Leg17/Dossier/pdf/ AC0294.pdf (ultima consultazione dei link30 maggio 2016).

[2] Il miglioramento per l'Italia è più evidente, ma solo perché nel 2005 il nostro paese rappresentava il "fanalino di coda", con un Gender Equality Index – sempre relativo alla categoria Power – pari a 8, 7.

e criticità che di volta in volta emergono dai concreti rapporti di potere, in ogni ambito della società.

Il volume *Donne, diritto, diritti*, curato da Thomas Casadei[3], ha la legittima (e opportuna) ambizione di dare conto delle «prospettive del giusfemminismo», come recita il sottotitolo, ripercorrendo le riflessioni teoriche che si sono succedute, a cavallo tra tempi, contesti e culture diverse; compendia inoltre un certo numero di punti di vista, ben documentati, su alcuni temi di assoluta rilevanza e che hanno inevitabili risvolti giuridici: discriminazioni *tout court*, questioni di bioetica, forme di violenza maschile alle donne, rapporti tra disabilità e sfere sociali, diseguaglianze nel mondo del lavoro e nella rappresentanza istituzionale.

Se il ritardo di cui si diceva è soprattutto italiano, va riconosciuto che una seria relazione tra diritti (come situazioni soggettive attive) conquistati e donne si è sviluppata solo in tempi relativamente recenti nella storia dell'umanità, come messo in luce da Carla Faralli nella sua «introduzione storica» (1-13). Eccettuate poche, isolate figure quali Olympe de Gouges e Mary Wollstonecraft – che già alla fine del Settecento avanzarono rivendicazioni in favore delle donne – solo a metà dell'Ottocento, con la Convenzione di Seneca Falls del 1848 (3), si parla di una presenza delle donne nel discorso giuridico, come destinatarie di diritti – con la significativa tappa della conquista, sia pure in tempi diversi, del diritto di voto – ma soprattutto come portatrici di istanze del tutto meritevoli di considerazione.

Nella pratica non è (stato) sufficiente sancire a livello generale e formale, in documenti nazionali e internazionali, l'uguaglianza tra i sessi perché non vi siano discriminazioni. È così necessaria «ogni misura appropriata» (formula ricorrente nella Convenzione sull'eliminazione di ogni discriminazione verso le donne, siglata nel 1979, testo fondamentale tra quelli con valore giuridico) per cercare di eliminare in modo sostanziale ogni tipo di trattamento – e di mentalità o di modello socio-culturale – discriminatorio: ciò prevede pure l'impiego delle cd. *positive actions*, per mettere in campo «soluzioni e modelli di concretizzazione adeguati alla mutevole dislocazione delle forze (e delle debolezze) sociali» (D'Aloia 2002, 4), specialmente di quelle correlate al sesso e al genere.

Faralli evidenzia (6 ss.) che il passaggio dall'eguaglianza formale a quella sostanziale è andato di pari passo con lo sviluppo – dopo la prima ondata del femminismo "dell'eguaglianza" (a partire soprattutto dalle tesi di John Stuart Mill e Harriet Taylor) – del femminismo "della differenza": per questo, all'eguaglianza come parità di trattamento si preferisce una concezione di eguaglianza che alla base ha il «trattamento differenziato dei gruppi oppressi o svantaggiati» (Young 1990, 198) e che tenga conto pure dell'impossibilità di considerare omogeneo lo

[3] Gran parte del libro scaturisce dalle relazioni presentate nel XVIII ciclo del «Seminario di Teoria del diritto e filosofia pratica», svoltosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

stesso mondo delle donne, variegato al suo interno per classe, etnia, cultura, religione e orientamento sessuale.

Se, come si diceva, la messa a fuoco critica tra diritti e donne è relativamente recente, per varie studiose il diritto (inteso come insieme di norme) praticato sin qui sarebbe inadatto a inquadrare correttamente la "differenza" femminile, di qualunque natura essa sia, essendo stato costruito essenzialmente da uomini per secoli. Senza dubbio – come sottolineato con forza da Susanna Pozzolo nel suo primo contributo in volume (17-39) – il diritto (a lungo di matrice prettamente maschile) ha influenzato e influenza la vita delle donne: oggi, tuttavia, si è consapevoli che proprio il diritto può essere «uno strumento privilegiato per sviluppare anche abitudini culturali e demistificare presunte caratteristiche naturali» (20) e per dare il giusto peso alle «caratteristiche naturali» effettivamente esistenti e non sempre adeguatamente considerate.

Se ci si avvale della categoria dell'uguaglianza valutativa (GIANFORMAGGIO 2005), poi, lo stesso giudizio di uguaglianza può apparire viziato dall'adozione, come parametro normale e modello normativo (cfr. FERRAJOLI 2015, 5 s.), di uno dei soggetti comparati – quello dominante, in questo caso il soggetto maschile – e non di una situazione esterna ad essi (cfr. MINOW 1991, 165 s. e, in seguito, MORONDO TARAMUNDI 2004, 111 ss.). La presunta – e pretesa – neutralità del diritto è così messa in discussione; lo stesso può dirsi accogliendo lo sforzo del giusfemminismo di «porre in luce la struttura patriarcale che soggiace alle architetture del diritto» (23). Nel libro si premura di farlo ancora Pozzolo, benché a suo dire quello giuridico sia al fondo uno «strumento patriarcale», mai del tutto sanabile dalle sue storture (25): l'opera di disvelamento, basata pure sull'analisi di sentenze straniere, fa affiorare paradigmi e concetti «chiaramente "genderizzati"» (31) che devono essere riconosciuti perché si possa lottare per superarli[4], pur nella difficoltà del contesto storico attuale (aggravata da una crisi che fa scivolare in secondo piano le istanze della donna, sempre più oberata della gestione della casa e della "cura" dei familiari, specie dopo i tagli ai servizi praticati in risposta alla crisi sistemica dei modelli sociali e istituzionali europei).

La riflessione femminista, peraltro, non si ritrova solo nel mondo occidentale: pur nella varietà di situazioni da paese a paese, si possono individuare *Feminist Commonalities* valide in chiave transculturale. Sottolinea tale aspetto Orsetta Giolo nel suo contributo (41-60), dopo aver analizzato i caratteri fondamentali del giusfemminismo sul piano *teorico* (riconoscimento di una soggettività giuridica e politica delle donne, pur nel ventaglio di posizioni esistenti), *metodologico* (approccio esplicito di genere che sveli la non-neutralità del diritto) e *ideologico* (specie sui tentativi di evitare una «deriva essenzialista» (50) che voglia rappresentare le

[4] Sulle «diseguaglianze formali» di genere persistenti nel diritto italiano e su come sono giustificate, v. POGGI 2015.

donne come una categoria uniforme e seriale). Giolo, mettendo in guardia dai rischi insiti in approcci culturalisti, universalisti o relativisti (tesi a esaltare più le differenze dei tratti comuni), individua il patriarcato, l'oggettivazione del corpo femminile, il controllo della sessualità e la tipizzazione dei ruoli come figure dell'oppressione delle donne riscontrabili a livello internazionale e, dunque, da combattere con forza (59).

L'idea che la subordinazione delle donne sia una realtà universale, «trasversale alle diverse componenti di ogni società» (64) è una convinzione di Catharine A. MacKinnon, giurista femminista che ha sempre identificato nella sessualità il principale ambito di esercizio del potere maschile, come luogo di controllo e sfruttamento. La riflessione della teorica statunitense – figura che, pur potendo apparire talora su posizioni estreme, merita attenzione per il continuo riferimento a dati e testimonianze, nonché per i frutti del suo impegno in tema di molestie sessuali, pornografia e violenza estrema contro le donne (come lo stupro etnico) – è alla base dei contributi di Alessandra Facchi (63-75) e Lucia Re (77-94). Facchi si concentra su alcune questioni affrontate dalla studiosa statunitense, a partire dal dominio maschile sulla sessualità femminile: spesso contempla l'uso della violenza – potendosi considerare il ginocidio, la violenza alle donne in quanto tali per sottometterle, alla stregua di un vero genocidio (MACKINNON 2012, 118 ss.) – e genera un sistema di relazioni di potere e un sapere dominante ad esso asservito, entrambi *male oriented*.

Ciò mette in discussione l'autodeterminazione femminile[5] e ha riflessi su altri ambiti della vita sociale: la sessualità da fenomeno privato diviene questione di rilevanza pubblica e politica (come il caso della pornografia mostra) e, per MacKinnon, affrontare la situazione con l'approccio dell'uguaglianza o con quello della differenza non è utile, poiché si continua a considerare il maschile come un modello. Si dovrebbe invece svelare, analizzando sentenze e disposizioni, l'inesistenza di un diritto neutrale e inoculare il punto di vista femminista nel diritto stesso (delle norme e delle decisioni) per rovesciare il «dominio maschile»: identificando comportamenti lesivi delle donne, e stabilendo come l'ordinamento deve reagire, si può innescare un meccanismo per cui «[l]a riprovazione sociale può seguire quella giuridica» (72), nel senso che nuove regole possono modificare i comportamenti e la cultura alla loro base.

La distanza rispetto ai femminismi dell'uguaglianza e della differenza viene esaminata nella riflessione di Re. Lei indaga le critiche della teorica americana

[5] Facchi, peraltro, si preoccupa di limitare le considerazioni di MacKinnon sulla mancanza di libertà femminile (al punto da far ritenere non realmente libero un atto di consenso) alle sole attività legate alla sessualità, così da preservare negli altri ambiti l'autodeterminazione e la responsabilità delle donne e, di conseguenza, la loro capacità di compiere scelte e azioni politiche (68). Questo per tentare di rispondere ai rilievi di chi lamenta come l'idea della donna incapace di autodeterminarsi contribuisca a non riconoscerle adeguata soggettività politica (cfr. OTTONELLI 2013, 355 ss.).

all'approccio della differenza, che adotterebbe «la prospettiva della supremazia dei maschi» (MACKINNON 2012, 39): la differenza (*rectius:* la diseguaglianza) sessuale, al contrario, sarebbe il prodotto del dominio maschile di cui si diceva, con la necessità di impegnarsi per rovesciare quella supremazia e la violenza di genere che porta con sé. Secondo Re, però, MacKinnon ha attaccato almeno in parte uno «stereotipo» (82) del femminismo della differenza, più che le teorie vere e proprie.

Ciò emerge innanzitutto parlando della soggettività politica femminile, in apparenza negata dall'autrice: per lei alla base della rivolta delle donne c'è un processo di autocoscienza, ma questo l'avvicina a quella porzione delle femministe della differenza che ha condiviso la necessità di evitare visioni della stessa differenza stereotipate e carenti di libertà, ritenendo possibile una sollevazione contro il dominio maschile in presenza di un'autorità femminile basata sul mutuo riconoscimento e sull'affidamento. A questo punto problematico ne sono legati altri, relativi all'identificazione delle donne quali vittime della violenza maschile (poco spendibile come categoria politica) e sulla potenziale invadenza dello strumento penale per tutelare i diritti delle donne, col rischio che si moltiplichino «le agenzie del controllo e le istanze disciplinari che pretendono di gestire il corpo femminile» (93): questioni sulle quali egualmente Re s'interroga.

A dispetto delle critiche di MacKinnon al femminismo della differenza, non pare fuori luogo considerare atteggiamenti diversi che uomini e donne possono avere, soprattutto a seguito delle diverse esperienze di socializzazione in età infantile (rientranti nel processo di costruzione del *gender*). Ci si riferisce al riconoscimento come prevalente approccio tra le donne della cd. "etica della cura" (GILLIGAN 1982; TRONTO 2006; in ottica assistenziale, e sull'etica legata al genere più che al sesso, v. KUSHE 2000, 125-195). Del rapporto tra *care ethics* e pensiero femminista si occupa Brunella Casalini: nel suo contributo (171-191) parte dalle riflessioni di Gilligan – sottolineando il carattere complementare dell'etica della cura e di quella dei diritti, almeno per i soggetti maturi, senza che la prima possa ritenersi contrapposta alla seconda[6] – per poi continuare il cammino attraverso le riflessioni seguite a quelle della psicologa statunitense.

Il discorso si dipana tra «l'altro concreto» proposto da Seyla Benhabib (per far convivere in modo virtuoso linguaggio dei diritti e considerazione dei bisogni) e le critiche di Susan Moller Okin alle posizioni di chi contrappone l'etica della cura a quella dei diritti sostenendo la superiorità della prima; prosegue analizzando l'apporto di Joan Tronto, che caratterizza la cura non come punto di vista di genere, ma come valore politico che va oltre la dimensione individuale e merita di entrare nel discorso

[6] Come messo in luce pure da Re nel suo intervento, GILLIGAN (1995, 122) precisa che quella da lei proposta non è un'etica femminile (come se fosse naturalmente tipica della donna), bensì un'etica *femminista*, che può trovare posto ed essere coltivata in una società libera dalle logiche e dai meccanismi del patriarcato e delle storture ad esso connesse.

pubblico, oltre che come pratica che richiede impegno (prestando attenzione al punto di vista di chi necessita di cura, ma considerando pure quello di chi la presta). Chiudono il contributo di Casalini le riflessioni sul pensiero di Eva F. Kittay (specie sulle asimmetrie e diseguaglianze di potere interne alle relazioni di cura e sull'importanza di considerare l'attività di *caring* come bene sociale primario, con l'assunzione di responsabilità sociale verso chi presta cure, comprese molte donne) e di Martha Nussbaum, attenta alle implicazioni dell'etica della cura verso i soggetti con disabilità (naturali «destinatari di giustizia», 190), temi toccati anche in altri contributi al volume.

In progressivo avvicinamento alle questioni di maggiore attualità, tra i macrotemi rilevanti figura la bioetica: il contributo del pensiero femminista, inteso come effetto del considerare, nell'ambito delle riflessioni legate alla morale, che «l'umanità è fatta non solo di soggetti astratti, identici e seriali, ma di uomini e donne» concreti, «individui unici e particolari» (103) è analizzato *in primis* da Caterina Botti (97-116). Riprendendo tesi già sostenute in passato (a partire da BOTTI 2000), la studiosa dà conto dei due principali filoni di riflessione del femminismo in ambito bioetico. Il primo, debitore soprattutto del pensiero della prima ondata, si chiede se il dibattito rispecchi realmente la pari dignità tra uomo e donna o permangano elementi di sessismo e discriminazione; il secondo, legato a posizioni più recenti, indaga i mutamenti di categorie e nozioni della bioetica sulla scorta delle esperienze ed elaborazioni delle donne, attente alle particolarità dei soggetti.

Sul primo fronte emerge l'assenza quasi totale di una seria speculazione etica sulle pratiche mediche (non) ricevute dalle donne, specie per quanto riguarda gravidanza e parto (BOTTI 2007), così come si riscontra, in generale, la frequente patologizzazione del corpo femminile e la carenza di una conoscenza medico-farmacologica approfondita dello stesso; persino alcuni istituti giuridici come il consenso informato (o, negli USA, le direttive anticipate di trattamento) scontano nella loro applicazione una differenza di trattamento inaccettabile tra uomini e donne. Il secondo approccio, più radicale, parte dal ricordato concetto di etica della cura formulato da Gilligan: per Botti, una riflessione basata sulla capacità di essere solleciti nel soddisfare i bisogni particolari altrui, emergenti dalle relazioni tra soggetti, incide inevitabilmente sui paradigmi bioetici, da ripensare appunto in termini relazionali e di responsabilità, non di diritti contrapposti.

Diversa nella sua impostazione di partenza è la posizione di Patrizia Borsellino (117-128): nella sua ottica è opportuno valorizzare il principio di autonomia perché «alle donne sia riconosciuta e garantita la prerogativa di "dar forma" alle proprie esistenze» (120). Un'autonomia che, peraltro, dev'essere a sua volta considerata in modo congruo, non potendosi basare sull'uguaglianza intesa come negazione di differenze esistenti o assimilazione forzata tra uomini e donne; al contrario, è compatibile col principio di uguaglianza sostanziale e con l'obiettivo di scardinare disuguaglianze, condizionamenti e subordinazioni che rendono difficile esercitare quella stessa autonomia.

Borsellino dà concretezza al suo ragionamento, applicandolo a tre ambiti nevralgici della bioetica: è giusto che sia la donna a decidere se abortire o meno, perché l'interruzione di gravidanza è accettabile qualora gestazione e maternità siano ritenute insostenibili dallo stesso soggetto che avrebbe la responsabilità di portarle avanti; è altrettanto giusto che le mutilazioni genitali femminili siano ritenute inammissibili, poiché la loro attuazione è frutto di un'imposizione del gruppo di appartenenza a soggetti non in grado di esprimere la propria volontà. Quanto all'assistenza durante il fine-vita, con riguardo alle cure palliative («ambito per eccellenza della "cura"», 127), all'idea della palliazione come soddisfazione di un bisogno del malato si affianca una concezione dello stesso malato come "protagonista delle cure", che sceglie in modo responsabile quali tra le terapie disponibili possano soddisfare meglio i suoi desideri e valori (cfr. PAMPALONE 2014, 149).

Un particolare «osservatorio» – per riprendere il lessico di Borsellino – relativo alla cura può essere quello legato alle persone con disabilità. Il saggio di Maria Giulia Bernardini (193-212) pone al centro il concetto di vulnerabilità, intesa come parte della «struttura ontologica del soggetto» (196): a essa si lega l'idea di dipendenza, che connota in modo sensibile l'universo di relazioni del singolo, a partire da quelle di *caring*. Partendo dalle riflessioni di Kittay e Tronto sui due concetti citati, letti alla luce dell'etica della cura (per cui ciascun soggetto durante la propria vita è *care receiver* e *care giver* allo stesso tempo, in un fascio di rapporti di dipendenza mutevoli a seconda dei bisogni e delle fragilità), Bernardini applica il modello relazionale alle persone con disabilità, accostandosi alle «questioni di giustizia» poste da costoro, a partire dalla loro autonomia (e dal suo risvolto giuridico dell'autodeterminazione) specie in ambito familiare, affettivo e procreativo.

Emerge con nettezza l'immagine di un soggetto non da curare *stricto sensu*, ma – riprendendo le parole di una pronuncia chiave – «da aiutare ove la diversità si frapponga al completo e sano fruire dei diritti che l'ordinamento riconosce»[7]: in quest'ottica, occorre abbandonare la logica binaria capacità/incapacità di agire (preferendo una valutazione concreta) e coloro che hanno posizioni di tutela o di sostegno nei confronti della persona con disabilità devono decidere *con lei*, mai in sua vece (in una visione di genere, ciò vale soprattutto per la sterilizzazione forzata sulle donne). Bernardini aggiunge – in sintonia coi femminismi di seconda generazione e coi *Disabilty Studies* – la necessità di impegnarsi per una società in cui quelli che ricevono le cure abbiano più peso e ascolto, "pubblicizzando" le questioni di giustizia che le riguardano tanto in fase di progettazione delle politiche di assistenza, quanto nella loro attuazione. Si tratta, per riprendere il paradigma dell'uguaglianza valutativa, di non scegliere il soggetto normodotato come "tipicamente umano" (modellando su di esso tutte le *policy*), ma di creare e

[7] Trib. Varese, (decr.) 6 ottobre 2009, in «Famiglia e diritto», 2009, 10, 58.

mantenere un ambiente inclusivo (cfr. KITTAY 2011, 627), in cui si faccia il possibile perché nessuno si senta *misfit*, cioè "disadattato", escluso da un contesto con cui non riesce a relazionarsi (cfr. GARLAND THOMSON 2011).

Di sicura aderenza alle questioni urgenti dibattute negli ultimi anni (e alle quali si è tentato di dare una risposta normativa e sociale) sono i saggi di Chiara Sgarbi e Barbara Spinelli sulla violenza maschile contro le donne, riprendendo almeno in parte una definizione condivisa a livello internazionale[8]. La prima nel suo contributo (131-154) affronta il tema dello *stalking*, fattispecie nota da tempo alle vittime – come condotte moleste, nel loro essere intrusive, multiformi e assillanti – ma considerata penalmente rilevante solo in tempi recenti. Benché la letteratura riporti anche casi di *stalking* di cui facciano le spese soggetti maschili, rilevazioni e studi – di cui il contributo dà ampiamente conto – identificano soprattutto nelle donne le vittime di queste condotte persecutorie, dunque è giusto uno sguardo di genere sul fenomeno. Sgarbi offre una rapida, ma esaustiva ricognizione delle condotte prevalenti tenute dagli *stalker* (in continua evoluzione, specie con lo sviluppo della tecnologia e dopo l'avvento dei *social network*), dei caratteri fondamentali dei molestatori e delle vittime e, da ultimo, degli effetti di questi comportamenti su coloro che li subiscono. L'ultima parte del capitolo, dedicata alle strategie di difesa, è quella che impegna di più la riflessione giuridica e politica: essa è necessaria a livello teorico, normativo[9] e pratico, per ottenere l'incriminazione dei rei, la tutela delle vittime, la presenza di soggetti di supporto per le stesse e, a monte, la consapevolezza dell'ingiustizia/antigiuridicità di determinate condotte da parte dei cittadini.

Le pagine di Spinelli (155-167) sono invece dedicate al femminicidio, fattispecie criminologica, socio-antropologica e talvolta giuridica, dalla natura chiaramente di genere, su cui l'autrice ha sviluppato una particolare esperienza nella sua attività professionale forense. Forma estrema di violenza sulla donna, frutto di condotte rivolte contro la donna in quanto tale, il femminicidio è stato dapprima ricono-

[8] V. la *Dichiarazione sull'eliminazione della violenza contro le donne*, adottata dall'Assemblea Generale ONU (risol. 48/104) il 20 dicembre 1993: all'art. 1 qualifica come violenza contro le donne «ogni atto di violenza fondata sul genere che abbia come risultato, o che possa probabilmente avere come risultato un danno o una sofferenza fisica, sessuale o psicologica per le donne, incluse le minacce di tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, che avvenga nella vita pubblica o privata» (testo all'indirizzo http://www.un.org/documents/ga/res/48/a48r104.htm). V. pure la *Convenzione sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 7 aprile 2011 e aperta alla firma l'11 maggio 2011 a Istanbul: all'art. 3a definisce la violenza nei confronti delle donne come «violazione dei diritti umani e una forma di discriminazione contro le donne, comprendente tutti gli atti di violenza fondati sul genere che provocano o sono suscettibili di provocare danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica o economica, comprese le minacce di compiere tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, sia nella vita pubblica, che nella vita privata» (testo all'indirizzo http://www.coe.int/it/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168008482e, ultima consultazione dei link 30 luglio 2016).

[9] In Italia, in particolare, viene in rilievo il d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 (convertito con l. 23 aprile 2009, n. 38), che ha introdotto all'art. 612-*bis* c.p. il reato di «Atti persecutori».

sciuto nei paesi dell'America latina; in seguito il dibattito ha fatto emergere il fenomeno (e la consapevolezza sullo stesso) anche altrove. Spinelli inquadra, innanzitutto, la violenza femminicida sul piano del diritto internazionale, qualificata da varie fonti come violazione dei diritti umani, di cui lo stesso Stato può essere riconosciuto responsabile qualora le sue azioni per tutelare le donne risultino inadeguate o siano ostacolate nella loro efficacia da condizioni culturali e organizzative (160)[10]. L'autrice analizza poi la realtà italiana, in cui a una risposta strutturale e – prima di tutto – *culturale* si è preferita nel 2013 una reazione emergenziale e repressiva. Il discusso intervento del legislatore[11] nei fatti considera la donna come soggetto "debole" da tutelare, un'immagine in contrasto con le convenzioni ratificate dall'Italia, che parlano di soggetti resi vulnerabili dalla violenza (162); di più, non sembra rispondere in modo adeguato e coerente alla domanda di garanzie (come si cerca di fare da tempo a livello internazionale[12]) e all'esigenza di agire sul piano della prevenzione per contrastare gli stereotipi di genere tipici di una cultura a matrice patriarcale, tanto dannosi quanto radicati in più parti della popolazione.

Gli ultimi saggi sono dedicati al lavoro e agli ostacoli che incontra la parità tra i sessi, in un contesto di crisi e tagli allo stato sociale che ha «fatto fare un giro indietro all'orologio delle conquiste delle donne in tema di emancipazione e parità» (216). La citazione viene dal secondo contributo di Pozzolo (215-226): partendo da un'affermazione allarmante della Commissione europea – «le donne continuano a lavorare 59 giorni a salario zero»[13] – in esso si indaga il fenomeno del divario di genere nel mercato del lavoro, come sottorappresentazione numerica (generale e nelle posizioni più qualificate) e come *gender pay gap*. Sarebbe indice di una posizione ancora subordinata, ad esempio, il fatto che la scelta della donna di lavorare spesso sia emergenziale, magari (solo) per compensare il lavoro perso dal marito, anche a prezzo di uno stipendio poco congruo; lo stesso può dirsi della frequente opzione involontaria per i contratti *part-time* a causa del tempo da

[10] Sul punto e con riguardo alla situazione italiana, v. le *Osservazioni Conclusive* del Comitato per l'eliminazione della discriminazione contro le Donne (CEDAW) del 26 luglio 2011 (testo tradotto leggibile all'indirizzo http://www.retepariopportunita.it/Rete_Pari_Opportunita/UserFiles/Consiglio_Europa/CONCLUSIONI%202011_CEDAW.pdf) e il *Rapporto della Relatrice speciale ONU sulla violenza contro le donne, le sue cause e conseguenze*, Rashida Manjoo, 15 giugno 2012(testo tradotto in italiano consultabile all'indirizzo http://www.amnesty.it/flex/cm/pages/ServeAttachment.php/L/IT/D/e%252F9%252Fb%252FD.f5b4f05cabad1cdb0d10/P/BLOB%3AID%3D5996, ultima consultazione dei link 30 luglio 2016).

[11] È appena il caso di ricordare come il primo motivo di discussione riguardasse la coesistenza, nel testo del decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93 (convertito con legge 15 ottobre 2013, n. 119), di disposizioni dettate per materie del tutto disomogenee (tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, protezione civile, commissariamento delle province), in spregio agli inviti all'omogeneità reiterati dalla Presidenza della Repubblica e dalla Corte costituzionale.

[12] Particolarmente meritoria è l'indicazione fatta da Spinelli (163) delle principali fonti internazionali pattizie, di diritto derivato e giurisprudenziali, in materia di violenza sulle donne e femminicidio.

[13] http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-190_it.htm (ultima consultazione 30 luglio 2016).

dedicare ai lavori di cura familiare (con potenziali effetti devastanti sulla portata dell'emancipazione femminile) e del cd. "soffitto di cristallo" (*glass ceiling*), una barriera invisibile ma tangibile che sembra ostacolare le sole donne – a parità di titoli dei colleghi uomini – nel raggiungimento dei ruoli decisionali (FANLO CORTÉS, POZZOLO 2013).

Nell'ultimo contributo al volume (227-243), Rosa Amorevole si concentra sulle discriminazioni di genere sul lavoro e in seno agli organi politico-istituzionali. Una volta tracciata la cornice normativa di base, europea e italiana, del principio di parità e pari opportunità tra i sessi in ambito lavorativo[14], l'autrice considera le disposizioni del Codice delle Pari opportunità – d.lgs. n. 198/2006 e successive modificazioni – in tema di discriminazioni sul lavoro, in particolare gli artt. 25-30, per poi dare concretezza alle fattispecie generali e astratte previste dal codice (o per dare copertura a casi non espressamente normati) attraverso i casi affrontati negli anni dalle Consigliere di Parità, pubbliche ufficiali con ruolo di promozione e stimolo, ma che hanno pure la possibilità di agire in giudizio di fronte a casi di discriminazioni lavorative, soprattutto se queste sono di natura collettiva[15]. Tra le questioni più controverse, molte riguardano i criteri di selezione e le condizioni di assunzione del personale, con riguardo specialmente (ma non solo) agli ostacoli incontrati dalle donne in gravidanza. A conclusione del proprio contributo, Amorevole fa un primo bilancio degl'istituti introdotti di recente in Italia per garantire e incentivare la presenza di donne nei consigli di amministrazione delle società e nelle assemblee elettive (cfr. pure AMOREVOLE 2016).

La postfazione del curatore (247-288) dà pienamente conto, nel più ampio e assai complesso panorama del femminismo, degli itinerari della riflessione giuridica su donne, diritto e diritti, a partire da uno sguardo critico e consapevole dell'incidenza del genere.

Il libro curato da Casadei, offrendo nel complesso uno sguardo d'insieme sulla ricca produzione dottrinaria del femminismo giuridico, indaga un ampio spettro di temi con forti implicazioni concrete della vita quotidiana, sociale e istituzionale. Molti interrogativi restano aperti: dalla lotta contro vecchi e nuovi stereotipi e discriminazioni di genere allo spazio per l'autonomia nelle scelte bioetiche, dai nuovi orizzonti della cura agli strumenti per raggiungere una vera parità negli

[14] Di particolare interesse, per il giurista, è l'indicazione delle fonti comunitarie di diritto derivato, sostanzialmente nella forma della direttiva. Essa, come è noto, si configura come una sorta di obbligazione di risultato quanto al recepimento del suo contenuto, lasciando agli Stati libertà sui mezzi da utilizzare per giungere allo scopo (sia pure entro determinati limiti temporali): l'effettiva adozione di questi strumenti di recepimento, i tempi realmente impiegati e persino gli strumenti messi in campo di volta in volta (leggi, regolamenti, prassi, ...) possono dire molto sulla volontà politica dei singoli Stati di dare attuazione o meno alle previsioni europee in materia di parità.

[15] Il fine, in questo caso, è la tutela dell'interesse pubblico alla parità, che non attiene certo solo alle donne.

ambiti del lavoro, fino all'impegno per correggere realmente una «rappresentanza politica sessuata maschile» (TEGA 2008, 52 ss.). Queste riflessioni, in realtà, dovrebbero essere conosciute, meditate e discusse, più in generale, da chiunque abbia a cuore la possibilità di costruire un diritto veramente "giusto" e inclusivo.

Al di là delle diffidenze di una parte delle femministe verso il diritto, ritenuto poco idoneo a scardinare pregiudizi e disuguaglianze, è stato autorevolmente sostenuto che «il genere costruisce il diritto, il diritto costruisce il genere» (PEZZINI 2012 e 2015): la stessa dinamica circolare può applicarsi tra diritto e concezione femminile. Se certamente il diritto ha prodotto determinate situazioni (anche) per la preponderanza di partecipazione maschile e l'assenza prolungata delle donne dalla sua costruzione, il contributo del giusfemminismo alla riflessione giuridica non può che produrre norme e giudizi diversi, almeno potenzialmente in grado di influire positivamente sul contesto socio-culturale, sulla posizione delle donne e, più in generale, sull'intera società.

Riferimenti bibliografici

AMOREVOLE R.M. (ed.) 2016. *Emilia-Romagna: donne e uomini nei governi locali*, Bologna, Regione Emilia-Romagna, 2016.

BOTTI C. 2000. *Bioetica ed etica delle donne. Relazioni, affetti e potere*, Milano, Zadig, 2000.

BOTTI C. 2007. *Madri cattive. Una riflessione su bioetica e gravidanza*, Milano, Il Saggiatore, 2007.

D'ALOIA A. 2002. *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, Padova, Cedam, 2002.

FANLO CORTÉS I, . POZZOLO S. 2013. *We want sex [equality]. Riforme del mercato del lavoro, crisi economica e condizione delle donne in Europa*, in «AG – About Gender. Rivista internazionale di studi di genere», 4, 2013, 1 ss.

FERRAJOLI L. 2015. *Il principio di uguaglianza e la differenza di genere,* in «Giudicedonna.it», 3, 2015, 1 ss.

GARLAND THOMSON R. 2011. *Misfits: A Feminist Materialist Disabilty Concept*, in «Hypatia», 3, 2011, 591 ss.

GIANFORMAGGIO L. 2005. *Eguaglianza e differenza: sono veramente incompatibili*, in ID., *Eguaglianza, donne e diritto*, Bologna, il Mulino, 33 ss.

GILLIGAN C. 1982. *Con voce di donna. Etica e formazione della personalità*, Milano, Feltrinelli, 1987 (ed. or. *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, Harvard, Harvard University Press, 1982, trad. it. di A. Bottini).

GILLIGAN C. 1995. *Hearing the Difference: Theorizing Connection*, in «Hypatia», 2, 1995, 120 ss.

KITTAY E.F. 2011. *Forever Small: The Strange Case of Ashley X*, in «Hypatia», 3, 2011, 610 ss.

KUSHE E. 1997. *Prendersi cura. L'etica e la professione di infermiera,* Torino, Edizioni di Comunità, 2000 (ed. or. *Caring. Nurses, Women and Ethics*, Oxford, Wiley-Blackwell, 1997, trad. it. di R. Trovato).

MACKINNON C.A. 2006. *Le donne sono umane?,* eds. A. Besussi e A Facchi, Roma-Bari, Laterza, 2012 (ed. or. *Are women human?: and other international dialogues*, Cambridge, Massachusetts, Belknap Press, 2006, trad.it. di P. Campeggiani e F. Pasquali).

MINOW M. 1991. *Differences Among Difference,* in «UCLA Women's Law Journal», 1(0), 1991, 165 ss.

MORONDO TARAMUNDI D. 2004. *Il dilemma della differenza nella teoria femminista del diritto,* Pesaro, Es@, 2004.

MOZZONI A.M. 1975. *La liberazione della donna*, ed. F. Pieroni Bortolotti, Roma, Mazzotta, 1975.

OTTONELLI V. 2013. *La sparizione delle donne come soggetti e le sue conseguenze politiche*, in «Rivista di Filosofia del Diritto», 2, 2013, 353.

PAMPALONE E.I. 2014. *Cure palliative*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, 9° aggiornamento, Torino, Utet, 2014.

PEZZINI B. (ed.) 2012. *Genere e diritto: come il genere costruisce il diritto e il diritto costruisce il genere. Vol. II (lezioni, casi, materiali)*, Bergamo, Bergamo University Press, 2012.

PEZZINI B. 2015. *Implicito ed esplicito nel rapporto circolare tra genere e diritto*, in MORRA L., PASA B. (eds.), *Questioni di genere nel diritto: impliciti e crittotipi*, Torino, Giappichelli, 2015, 201 ss.

POGGI F. 2015. *Diversi per diritto. Le diseguaglianze formali di genere e le loro giustificazioni nel diritto italiano vigente*, in «Diritto e questioni pubbliche», 2, 2015, 9 ss.

TEGA D. 2008. *Discriminazione e diritto discriminatorio: considerazioni istituzionali (a partire dal diritto costituzionale italiano)*, in CASADEI T. (ed.), *Lessico delle discriminazioni. Tra società diritto e istituzioni*, Reggio Emilia, Diabasis, 42 ss.

TRONTO J.C. 1993. *I confini morali. Un argomento politico per l'etica della cura*, Reggio Emilia, Diabasis, 2006 (ed. or. *Moral Boundaries: a Political Argument for an Ethic of Care*. New York, Routledge, 1993, trad. it. di N. Riva).

YOUNG I.M. 1990. *Le politiche della differenza*, Milano, Feltrinelli, 1996 (ed. or. *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, Princeton University Press, 1990, trad. it. A. Bottini).

SULLA MULTIDIMENSIONALITÀ DEL COSTITUZIONALISMO. A PROPOSITO DI UN LIBRO DI VINCENZO OMAGGIO

FRANCISCO JAVIER **ANSUÁTEGUI ROIG**

&dq

Sulla multidimensionalità del costituzionalismo.
A proposito di un libro di Vincenzo Omaggio

On the multidimensionality of constitutionalism.
About a book by Vincenzo Omaggio

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG

Professore ordinario di Filosofia del Diritto, Universidad Carlos III de Madrid
Email: fcojavier.ansuategui@uc3m.es

ABSTRACT
Il libro di Vincenzo Omaggio riflette sulle diverse dimensioni del costituzionalismo. La presente recensione ne analizza criticamente alcuni aspetti essenziali, con particolare riguardo al concetto di Costituzione, al tema della materializzazione della legge e al ruolo del giudice costituzionale.

The book of Vincenzo Omaggio dwells on the different dimensions of constitutionalism. This commentary critically analyses some of its fundamental aspects, especially focusing on the concept of Constitution, the materialization of law and the role of constitutional judges.

KEYWORDS
Costituzionalismo, Costituzione, materializzazione, giudice costituzionale

Constitutionalism, Constitution, Materialization, Constitutional judges

© 2017, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
Tutti i diritti sono riservati.

Sulla multidimensionalità del costituzionalismo. A proposito di un libro di Vincenzo Omaggio

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG

Per un filosofo del diritto, l'analisi del diritto del costituzionalismo può presentare alcuni vantaggi. In primo luogo, gli permette di constatare l'interesse che il modello giuridico del costituzionalismo riveste per la filosofia del diritto. In effetti, ritengo che il discorso giuridico del costituzionalismo presenti uno scenario particolarmente attrattivo per la filosofia del diritto, posto che al suo interno si ripropongono, con profili nuovi, i grandi problemi della filosofia del diritto (i temi classici) nella sua riflessione sul senso del diritto e nelle sue principali dimensioni funzionali: ad esempio, le questioni legate alla produzione normativa (nonché ai limiti del diritto), alla sua interpretazione e applicazione; le relazioni che intercorrono tra il diritto e la morale; i temi della sicurezza giuridica e delle esigenze argomentative del diritto. Tutto questo all'interno di un discorso in cui convivono approcci e metodologie di origine eterogenea e propri di tradizioni differenti quali la tradizione continentale e quella del *Common Law*. In secondo luogo, tale analisi consente di apprezzare gli aspetti positivi di un modo di fare filosofia del diritto, attento alle caratteristiche che presenta il diritto positivo. Ossia, si tratta di costruire una filosofia del diritto che non si dimentichi di essere innanzitutto filosofia *del diritto*. Si tratta di rivendicare una filosofia del diritto attenta ai dati che le vengono offerti dal diritto positivo. Non vi è dubbio che questa filosofia corra il rischio di avvicinarsi a una forma di sapere dogmatico, e pertanto la responsabilità della filosofia del diritto è quella di impostare un discorso che permetta di riconoscere la sua funzione sociale. Da questo punto di vista, la filosofia del diritto ha dinnanzi a sé la sfida di evitare la sacralizzazione del diritto, senza mai rinunciare alla propria funzione critica. E questo, sebbene il diritto in questione sia quello del costituzionalismo e dei diritti; vale a dire, il miglior diritto al quale la nostra esperienza storica ci permette di pensare. Il che non deve condurre a identificare tale modello con un "paradiso" per i diritti. In ogni caso, alla filosofia del diritto spetta il compito di evitare quella sacralizzazione della Costituzione che deriva dal confondere il testo costituzionale con un testo sacro.

* Recensione a V. OMAGGIO, *Saggi sullo Stato costituzionale*, Giappichelli, Torino 2015. Traduzione di Michele Zezza.

Ora, credo che la riflessione che ci propone Vincenzo Omaggio ci permetta appunto di apprezzare questi due vantaggi. Di fatto, offre un'ampia descrizione delle peculiarità del costituzionalismo e delle sue strutture istituzionali: quelle dello Stato costituzionale. La descrizione che l'autore propone del modello giuridico del costituzionalismo mi sembra ampiamente condivisibile. Se assumiamo come riferimento la caratterizzazione che Robert Alexy opera del costituzionalismo rispetto a quella del legalismo (valore/norma; ponderazione/sussunzione; onnipresenza della Costituzione/indipendenza del diritto infracostituzionale; onnipotenza giudiziaria basata sulla Costituzione/autonomia del legislatore ordinario), mi sembra che tutte queste dimensioni siano presenti, con maggiore o minor intensità, nel libro del Professor Omaggio.

Da questa ricchezza di argomenti deriva la necessità di analizzare in dettaglio i diversi elementi di riflessione che il libro presenta. A tal fine, vorrei concentrarmi sulle parti più significative, adottando un duplice punto di vista: a) o perché credo che siano le più rilevanti rispetto al senso del costituzionalismo; b) o perché ritengo che la riflessione del Professor Omaggio sia suscettibile di qualche approfondimento o riformulazione.

Ma prima credo sia opportuno ricordare che nel libro ricorre una costante. Mi riferisco alla constatazione che il modello di diritto del costituzionalismo ci obbliga a riformulare determinati modelli di comprensione del diritto che finora hanno potuto funzionare come autentici paradigmi. Senza alcuna pretesa di esaustività, possiamo soffermarci su alcuni di essi. Ad esempio, mi sembrano particolarmente rilevanti le allusioni al "tramonto del Leviatano" (8); al rafforzamento della posizione e della funzione dei giudici (11), e in generale della categoria professionale dei giuristi (problema, quest'ultimo, non approfondito), che progressivamente vede aumentare il proprio potere politico – già denunciato da Tocqueville in termini di "aristocrazia dei giudici" – (75); ed è infine degno di nota che si riconosca che le Costituzioni contemporanee presentino una "fisionomia assiologicamente orientata" alla garanzia dei diritti (9). Tutti questi elementi mi sembrano di grande importanza, anche perché l'autore, fin dal principio della propria riflessione, colloca i diritti al centro del discorso costituzionalista. Credo sia questo il modo migliore per cogliere il senso storico – ma forse anche morale e politico – del costituzionalismo, il quale non concepisce lo Stato costituzionale soltanto come una proposta in relazione alla struttura dell'esercizio del potere politico, ma che vede i diritti e le libertà come un elemento della sua giustificazione che conferisce un significato all'intero modello.

Ora, nel concentrarmi su determinati aspetti della proposta di Omaggio, mi soffermerò su alcuni profili che riguardano essenzialmente: 1) la caratterizzazione del modello costituzionale; 2) la dimensione assiologica; 3) le tensioni istituzionali presenti nel modello. Come si potrà osservare – cercherò comunque di insistere su questo punto – non concepisco tali problemi come questioni indipendenti o separate.

1. Rispetto alla caratterizzazione del modello costituzionale, mi sembra opportuno sottolineare un punto rilevante, ossia che il costituzionalismo presenta un determinato modello di Costituzione, caratterizzata dalla sua posizione nel sistema e dal suo contenuto, nonché dalle sue funzioni. Si tratta di un modello che c'invita a riconoscere le dimensioni argomentative del diritto, con tutto ciò che implica rispetto alla riformulazione di un determinato modo di concepire l'ideale della sicurezza giuridica, ossia la certezza del diritto.

Data la morfologia del diritto, in cui assumono rilevanza i princìpi, le norme aperte, le dimensioni assiologiche, gli operatori del diritto, e il giudice in particolare, si trovano a svolgere nuovi incarichi e funzioni. In un periodo caratterizzato dalla «vocazione per la giurisdizione», è necessario riconoscere il nuovo protagonismo del giudice nella determinazione della risposta del diritto: il giudice non riproduce la risposta del legislatore, ma contribuisce a costruirla. E questo presenta due conseguenze: la prima per la certezza del diritto; la seconda, per la responsabilità del giudice.

Così, rispetto alla prima questione, Omaggio riconosce l'impossibilità di continuare a riflettere su un concetto "forte" di certezza (65). In effetti, non sembra pensabile un modello di certezza che s'identifichi con la conoscenza di alcune informazioni indiscutibili derivate dal contenuto delle norme. L'alternativa, per Omaggio, riguarda una maggiore garanzia dei diritti (66), in modo tale che si trasferisca l'aspettativa dei contenuti della decisione individuale e concreta ai fondamenti assiologici dell'ordinamento giuridico. Il problema – credo si possa aggiungere – di fronte al quale si trova il giudice è quello d'identificare tali fondamenti, compito difficile in società complesse dal punto di vista culturale e morale come le nostre. Per questo ha senso approfondire il discorso sulla responsabilità del giudice.

Per quanto concerne invece la seconda questione, il protagonismo del giudice (Omaggio parla a questo proposito di una «sovraesposizione della figura del giudice», 73) riguarda in primo luogo la responsabilità nella determinazione del contenuto dei diritti (il che implicherebbe, in ogni caso, un "moderato cognitivismo etico", 71) da parte del giudice e, in secondo luogo, la nuova posizione da lui occupata, posizione che implica un «sensibile indebolimento della dimensione collettiva della politica» (75). Qui Omaggio sta introducendo alcuni degli argomenti su cui si basa il costituzionalismo politico (o popolare), a cui si riferisce il VI capitolo del libro nella sua riflessione sulla difesa della democrazia. Ritornerò in seguito su questo punto.

Quanto ora mi preme sottolineare è che Omaggio riconosce che il *Rule of Law* «sembra il modello istituzionale più confacente a un contesto sovranazionale e ultrastatale che, facendo della pluralità delle fonti giuridiche un suo contrassegno rilevante, ha restituito ai giudici e ai giuristi l'antico lignaggio» (83). Ora, nonostante il tema del costituzionalismo globale o sovrastatale non sia particolarmente approfondito (in realtà si tratta di un libro sullo Stato costituzionale), intendo svolgere una breve riflessione a questo proposito.

Personalmente, ritengo che il Professor Omaggio abbia ragione a segnalare che nell'articolazione delle strutture giuridiche sovranazionali ci troviamo di fronte a diversi problemi: in primo luogo, è difficile trovare un centro al quale attribuire il potere e al quale rivolgerci (84); in secondo luogo, vi è poi il problema del deficit democratico. Ma credo che sia possibile andare oltre e approfondire la questione delle carenze delle strutture giuridiche sovranazionali rispetto alle esigenze del *Rule of Law*. In questo senso, è opportuno ricordare che Dicey identifica tre aspetti distintivi del *Rule of Law*: 1) il principio di legalità; 2) l'uguaglianza di fronte alla legge; 3) la tutela dei diritti. Naturalmente, questi tratti sono poi problematici nella loro applicazione all'ambito sovranazionale.

Rispetto al principio di legalità, è bene ricordare che di fronte alle posizioni che evidenziano la capacità del diritto internazionale di regolare le relazioni internazionali (Kelsen), altri autori come Morgenthau hanno difeso posizioni realiste. Ma il problema – al di là delle sfide poste dal diffondersi del modello dell'universalità dei diritti – ha radici nell'affermarsi dell'uguaglianza di fronte alla legge, poiché non credo che esista oggi un'autorità in grado di applicare il diritto internazionale a tutti i soggetti – pubblici e privati – così che ancora permangono ambiti di immunità ("vuoti di diritto", nella terminologia di Luigi Ferrajoli). Il costituzionalismo globale o cosmopolita implica il riconoscimento di una certa operatività delle strutture istituzionali statali nell'ambito sovrastatale. Non è solo una questione di esigenze materiali legate all'universalità dei diritti; ci troviamo – anche – di fronte a esigenze istituzionali.

2. In diverse occasioni il Professor Omaggio sottolinea la rilevanza delle dimensioni assiologiche che caratterizzano lo Stato costituzionale, il cui significato emerge in maniera evidente nella positivizzazione di valori, princìpi e diritti. In questo senso, fa riferimento: alla materializzazione del diritto; all'eticizzazione della Costituzione; all'insufficienza di un concetto di validità esclusivamente formale; alla necessità di un *moral point of view* nell'interpretazione; e infine allo scambio di corrispondenze tra Matteucci e Bobbio sul tema della contraddizione tra costituzionalismo e positivismo giuridico.

Il costituzionalismo c'invita a riflettere su una positivizzazione o costituzionalizzazione del diritto naturale in cui la tensione tra l'essere e il dover essere *del* diritto arriva a permeare lo stesso sistema giuridico, risolvendosi in una tensione tra l'essere e il dover essere *nel* diritto. È su questo punto – e qui Omaggio ricorda Zagrebelsky – che emerge un certo collegamento tra il modello costituzionale e il giusnaturalismo. Ricordiamo peraltro che Zagrebelsky delinea un modello giuridico concepito «come se vigesse il diritto naturale». Mi sembra sia questo un tratto ricorrente del costituzionalismo. Non dimentichiamo poi che, in Spagna,

Luis Prieto ha segnalato l'esistenza di un'affinità funzionale tra il costituzionalismo e il giusnaturalismo.

Mi preme ora soffermarmi sul significato di tale somiglianza, che probabilmente si può affermare a partire dal momento in cui siano previsti limiti materiali all'interno del diritto. Detto questo, in realtà tali limiti sono sempre esistiti, sebbene non nella forma di diritti fondamentali. Mi risulta difficile immaginare un diritto senza alcun tipo di limite nel suo contenuto. Tutti i sistemi giuridici prevedono dei riferimenti ultimi che determinano la validità delle loro norme. Questo poi non significa che tali riferimenti meritino un giudizio morale positivo o negativo. Ma, in definitiva, ogni sistema giuridico assume un punto di vista sulla giustizia, qualunque esso sia. E il punto di vista sulla giustizia che assume il diritto del costituzionalismo è quello dei diritti e dei valori che ne costituiscono il fondamento.

Un'altra forma in cui si esprime il diritto naturale potrebbe poi consistere nell'esistenza di un diritto di rango superiore rispetto al diritto positivo. Tale diritto superiore potrebbe essere: a) un diritto sovrapositivo; b) il diritto della Costituzione. Nel primo caso ci troviamo di fronte a un contesto tipicamente giusnaturalista, anche se sinceramente non credo che qualcuno potrebbe difenderlo a meno di non appartenere dichiaratamente a questa corrente. Nel secondo caso, invece, il diritto "sovraordinato" è quello della Costituzione, e pertanto la supremazia in questione è di carattere "infrasistematico", ossia originata da una determinata decisione del potere – che dovrebbe essere inteso in termini di potere costituente. Può anche essere che tale preminenza sia determinata dalla "superiore dignità" dei contenuti del diritto.

In definitiva, quanto intendo evidenziare è che l'affinità tra giusnaturalismo e costituzionalismo riguarda tanto l'esistenza di strategie di limitazione del potere, quanto piuttosto il fatto che tali strategie s'identificano con un modello determinato, quello dei diritti fondamentali. Nel costituzionalismo i diritti naturali si sono convertiti in diritti umani o fondamentali. Credo sia questo l'elemento che consente di stabilire un legame di parentela tra il giusnaturalismo e il positivismo, e non il semplice fatto che l'esistenza del diritto sia condizionata da un punto di vista materiale.

Tali diritti fondamentali sono interpretati nell'ottica dello spostamento della considerazione dall'individuo alla persona. Nel libro, molto opportunamente, si riconosce che i diritti non sono quelli di un soggetto astratto e decontestualizzato. Sulla scorta di quanto affermato da Bobbio, il soggetto dei diritti è un soggetto *concreto*, che occupa determinate posizioni, personali e sociali, che meritano una specifica protezione. In questo senso, Omaggio sottolinea la dimensione sociale o collettiva della dignità umana, che è ben presente nella Costituzione italiana a partire da un'interpretazione sistematica del diritto al lavoro riconosciuto dall'art. 4 (143).

3. L'ultimo insieme di problemi su cui intendo concentrarmi riguarda le tensioni istituzionali presenti nel sistema giuridico-politico dello Stato costituzionale, come conseguenza dell'esistenza di meccanismi di difesa della Costituzione. Credo che il libro offra una descrizione adeguata al riguardo. Nello Stato costituzionale la legge perde il suo ruolo di fonte onnipotente del diritto. Questo implica una riformulazione degli ambiti della sovranità popolare, nonché la necessità di riconsiderare il concetto di democrazia (a pagina 159, non a caso, si parla di un nuovo modello democratico), qualora si voglia continuare a mantenere un legame tra costituzionalismo e democrazia. In questo senso, è necessario lavorare con un modello materiale o sostanziale di democrazia che non si limiti a concepirla esclusivamente in termini di suffragio o di maggioranze, ma che includa i diritti come elemento concettuale della democrazia. In questo modo, si può affermare, da una parte, che non esiste democrazia senza diritti; dall'altra, che i diritti sono realmente operativi solo in contesti democratici.

Un concetto materiale o sostanziale di democrazia – mi pare – permette inoltre di inquadrare correttamente il problema della tensione tra costituzionalismo e democrazia. Come noto, in alcune occasioni sono state evidenziate le contraddizioni tra democrazia e costituzionalismo, arrivando ad affermare che «il costituzionalismo è intrinsecamente antidemocratico» (Stephen Holmes). E questo dal momento che il costituzionalismo include meccanismi istituzionali destinati a limitare l'ambito di autonomia normativa del potere democratico. In questo senso, credo che la tensione tra diritti e democrazia sia di tipo funzionale e non concettuale: l'affermarsi della cultura dei diritti ha come effetto la limitazione del potere democratico; ma, d'altra parte, la democrazia non può esistere senza diritti.

Ora, emergono qui due questioni in particolare, sulle quali vorrei appunto soffermarmi. La prima è la tesi dell'irresponsabilità del giudice. La seconda riguarda invece il significato del costituzionalismo politico (o popolare).

In relazione alla prima, all'interno del libro, il Professor Omaggio si sofferma sull'importanza della funzione giudiziaria nel modello giuridico dello Stato costituzionale. Tale funzione presenta elementi rilevanti per la natura argomentativa del diritto e per la necessità dell'esercizio della ragionevolezza, che richiedono l'interpretazione e l'applicazione del diritto e, in ultima istanza, della Costituzione, così come per la sua posizione di garante della Costituzione. Ma in varie occasioni Omaggio revoca in dubbio che nel modello giuridico dello Stato costituzionale vi sia qualcuno che possa realmente disporre dell'ultima parola: «in una democrazia costituzionale – è stato osservato – nessuno ha l'ultima parola, semmai ha la penultima. La deliberazione democratica è un processo circolare, produttivo di decisioni provvisorie e revocabili, che non prevede una decisione finale, in quanto nessun soggetto, nessun organo costituzionale può appropriarsi della volontà popolare» (14); e più avanti: «la gestione dei diritti è condivisa tra giudici e legislatore, in una dinamica in cui nessuno effettivamente detiene l'ultima parola» (93).

Personalmente, ritengo che, in realtà, nello Stato costituzionale esista un soggetto dotato dell'ultima parola nell'interpretazione della norma: il giudice costituzionale. E per questo motivo ci troviamo di fronte a un sistema che al suo interno include alcune tensioni. Il ruolo che il giudice costituzionale riveste – ma lo stesso vale per tutti gli operatori del diritto – gli assegna una responsabilità giuridica, ma anche politica (contrariamente a quanto si afferma nelle pagine 157-158). Se per irresponsabilità politica s'intende che il giudice non può esser rimosso dalla sua carica, diversamente da quanto succede con il legislatore, allora il giudice è effettivamente irresponsabile. Ma la responsabilità del giudice costituzionale va in un'altra direzione, dal momento che, da una parte, la decisione che è chiamato a prendere non è l'unica possibile (ha quindi la responsabilità di giustificare la propria decisione); e, d'altra parte, tale decisione contribuisce a definire il significato e il contenuto del modello giuridico-politico. Si potrebbe anche dire che la responsabilità del giudice costituzionale non sia giuridicamente istituzionalizzata, ma mi sembra difficile sostenere che egli sia privo di responsabilità politica – sebbene essa non sia esigibile attraverso meccanismi istituzionalizzati – posto che le sue sentenze sono dotate di rilevanti effetti politici.

Con riguardo alla seconda questione, ritengo che tanto il significato del costituzionalismo politico (o popolare), quanto il senso delle sue critiche verso la giustizia costituzionale (trattate dall'autore nell'ultima parte del libro), si possano appunto ravvisare nel fatto che il giudice ha l'ultima parola. Il costituzionalismo popolare rivendica che non vi sia nulla «al di fuori delle circostanze politiche»; che la Costituzione non sia la migliore strategia per garantire i diritti; che il processo politico sia sempre la soluzione più legittima ed efficace per risolvere i conflitti. Secondo tale prospettiva, nella tensione tra la razionalità politica del legislatore e la razionalità "elitaria" del giudice, non si vede per quale motivo il giudice dovrebbe avere la capacità – di cui sarebbe invece privo il legislatore – di risolvere i conflitti; non si capisce perché il giudice dovrebbe garantire gli interessi e i diritti dei cittadini meglio dei cittadini stessi. In definitiva – si sostiene – la stessa presenza del giudice costituzionale presuppone una sfiducia ingiustificata verso il cittadino e un misconoscimento dell'importanza del diritto al voto in democrazia.

Ritengo che in democrazia vi siano validi argomenti per difendere «*the dignity of legislation*» (Waldron), posto che il discorso sulla legittimità del legislatore e della politica deliberativa non sembra incontrare un'alternativa (in termini democratici). Ma mi sembra vi siano ragioni per dubitare del carattere autenticamente "costituzionalista" del costituzionalismo politico.

Innanzitutto, conviene chiarire quale significato si attribuisce qui al costituzionalismo: si tratta di una filosofia sui limiti del potere. Probabilmente, la prospettiva sui limiti (giuridici) del potere non è approfondita nel costituzionalismo politico. Nel tentativo di limitare il potere – e senza dimenticare che i limiti di cui stiamo parlando sono di carattere giuridico –, il costituzionalismo popolare

dovrebbe trovarsi in condizioni di rispondere in maniera soddisfacente all'interrogativo se la Costituzione disponga di un'alternativa: esiste un sistema migliore rispetto alla costituzionalizzazione dei diritti e alla predisposizione di meccanismi di difesa della Costituzione?

In questo senso, sembrerebbe che la preoccupazione principale del costituzionalismo politico sia più quella di vedere chi ha l'ultima parola, che di assicurare la garanzia dei diritti. D'altra parte, occorrerebbe precisare per quale motivo, date determinate condizioni – le "*assumptions*" a cui si riferisce Waldron: a) istituzioni democratiche e suffragio universale; b) istituzioni giudiziarie efficienti; c) impegno nella difesa dei diritti da parte delle istituzioni e degli individui; d) disaccordo sui diritti –, non sia giustificato attribuire a un potere non elettivo il controllo della legislazione. È quindi opportuno interrogarsi sull'alternativa alla garanzia giudiziaria della Costituzione. Senza dimenticare che, nei conflitti tra diritti, il legislatore è comunque coinvolto. Ora, lo lasciamo intervenire nella risoluzione del conflitto? Se così fosse, tenderebbe a scomparire l'idea stessa di un soggetto imparziale. Non è forse più corretto affermare che appunto il costituzionalismo politico, quando mette in discussione la garanzia giurisdizionale della Costituzione, non sta criticando solo il ruolo del giudice costituzionale ma la stessa figura del giudice, terzo e imparziale, che decide il conflitto? Teniamo presente che non è solo il giudice costituzionale a presentare un deficit di rappresentatività: nemmeno il giudice ordinario è elettivo.

Omaggio ci propone poi di confidare nel valore di una cultura giuridica in grado di superare le tensioni del costituzionalismo. Sarebbe opportuno chiedersi se questa cultura giuridica possa realmente risolvere le contraddizioni tra il costituzionalismo giuridico e il costituzionalismo politico o popolare. Se è vero che l'esistenza di una tale cultura giuridica (e politica) è di vitale importanza per il funzionamento di ogni sistema giuridico, d'altra parte non sembra essere la miglior soluzione quella di affidare la garanzia dei diritti nelle mani della cultura giuridica della società. Non si può trascurare che ci troviamo di fronte a società plurali nelle loro concezioni del bene: nella tensione tra il buono e il giusto, è sempre necessario che qualcuno determini il contenuto del giusto. E non sembra verosimile che si possa rinunciare ad un soggetto terzo e imparziale, in grado di dirimere i conflitti: questo soggetto è appunto il giudice, senza il quale qualsiasi concezione del diritto risulterebbe difficilmente riconoscibile.

LO “STRANO” MONDO DI MR. RULE OF LAW. LE VARIE FACCE DEL *RULE OF LAW* NELLE TRASFORMAZIONI DELLO STATO CONTEMPORANEO

LUCA **VESPIGNANI**

&dq

Lo "strano" mondo di Mr. Rule of Law. Le varie facce del *rule of law* nelle trasformazioni dello Stato contemporaneo

The "strange" world of Mr. Rule of Law. The different faces of the *rule of law* in the changes of the contemporary State

LUCA VESPIGNANI

Professore Associato di Diritto Costituzionale, Università di Modena e Reggio Emilia
Email: luca.vespignani@unimore.it

ABSTRACT
Attraverso l'analisi dei diversi saggi raccolti in un volume collettaneo di recente pubblicazione sul *rule of law*, il contributo isola alcune linee tematiche rilevanti specialmente in un'ottica costituzionalistica. In tal senso, posta la distinzione tra il concetto formale e quello sostanziale di *rule of law*, si segnala il collegamento della seconda nozione col modello dello Stato costituzionale, specialmente in ordine all'utilizzo della tecnica del bilanciamento, per svolgere infine alcune considerazioni sul ruolo del potere giurisdizionale in rapporto al principio di diritto certezza del diritto.

Through the analysis of the various essays collected in a recently published volume about the *rule of law*, the contribution highlights some issues in particular in the perspective of constitutional legal thinking. In this respect, given the distinction between the formal and the substantial concept of the *rule of law*, it is pointed out the connection of the second one with the Constitutional State model, especially with regard to the use of the balancing test. Finally, some considerations are carried out on the role of the judiciary in relation to the principle of legal certainty.

KEYWORDS
Principio di legalità, Stato costituzionale, bilanciamento, certezza del diritto

Rule of law, Constitutional State, balancing test, legal certainty

© 2017, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
Tutti i diritti sono riservati.

Lo "strano" mondo di Mr. Rule of Law. Le varie facce del *rule of law* nelle trasformazioni dello Stato contemporaneo

LUCA VESPIGNANI

1. *La concezione formale del* rule of law – 2. *La concezione sostanziale del* rule of law – 3. *Il* rule of law *e lo Stato costituzionale* – 4. *La giustizia costituzionale tra difficoltà contromaggioritaria e certezza del diritto.*

1. *La concezione formale del* rule of law

Gli autori presenti nel volume collettaneo sul *rule of law* curato da Giorgio Pino e Vittorio Villa sono in prevalenza teorici del diritto, ma i saggi che compongono il libro offrono stimolanti spunti di riflessione anche per chi articoli le proprie analisi adottando in via prioritaria il punto di vista del "giurista positivo", e segnatamente dello studioso giuspubblicista. Su uno sfondo del genere si cercherà quindi di evidenziare alcuni temi che attraversano orizzontalmente numerosi contributi e possono risultare utili per una migliore comprensione dei movimenti e delle tendenze in atto nell'universo costituzionale.

In tal senso, si pone innanzitutto un problema definitorio. Come rileva Aldo Schiavello, infatti,

> «la nozione di *rule of law* non è soltanto indeterminata e controversa, ma è anche una nozione che, sia per la sua indeterminatezza sia per l'aura positiva che sprigiona, appare dotata di una forza espansiva che contribuisce alla complessità e, non raramente, anche alla confusione dei discorsi e dei dibattiti che se ne occupano»[1].

In particolare, lo stesso Schiavello individua due modelli ai quali possono essere ricondotte le diverse concezioni sul campo. Il primo si risolve essenzialmente in una serie di contrassegni formali del diritto, che, secondo Lon Fuller,

> «deve essere composto da norme: 1) generali; 2) promulgate; 3) tendenzialmente irretroattive; 4) chiare; 5) che non si contraddicono le une con le altre; 6) che non richiedano l'impossibile; 7) che non siano soggette a cambiamenti troppo frequenti o improvvisi. Infine è

* Nota su PINO G., VILLA V. (eds.), Rule of Law. *L'ideale della legalità*, Bologna, il Mulino, 2016, 392 ss.

[1] SCHIAVELLO 2016, 109.

> necessario che 8) vi sia congruenza tra ciò che la legge dichiara e il modo in cui essa viene, di fatto, amministrata»[2].

Nel secondo, invece, «il diritto positivo non si esaurisce nel diritto prodotto dal potere sovrano», poiché «il *gubernaculum* [...] trova un limite insuperabile nella prassi giuridica di riferimento, che è retta da principi suoi propri i quali, a loro volta, esprimono una vera e propria "ragione giuridica" i cui sacerdoti sono in primo luogo i giudici e, in seconda battuta, i giuristi»[3]. Dicotomia, questa, rispetto alla quale Jeremy Waldron introduce un'ulteriore prospettiva incentrata sui profili procedurali, sostenendo che la lista di Fuller debba essere integrata prevedendo una serie di elementi riguardanti la dimensione giurisdizionale della tutela dei diritti, peraltro per molti versi riscontrabili nella disciplina sul giusto processo introdotta nell'art. 111 della Costituzione italiana con la legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2[4].

Con la nozione formale di *rule of law* risulta in larga misura convergente il principio di legalità della cultura giuridica continentale, a cominciare dal riferimento al carattere generale e astratto delle norme legislative, considerato un elemento determinante per la sua ottimizzazione pur non essendone un requisito necessario[5]. Ma se in entrambi i contesti tale carattere funge da garanzia contro l'esercizio arbitrario del potere, nel caso della legalità questo aspetto si collega strettamente col

> «principio della sovranità popolare e il principio della divisione dei poteri [...]. Principio di legalità vuol dire che ogni potere è legittimo (è ammesso) solo se fondato sulla legge, in quanto espressione della volontà popolare (ma nello stesso tempo la divisione dei poteri chiarisce che una

[2] SCHIAVELLO 2016, 110.

[3] SCHIAVELLO 2016, 112.

[4] Segnatamente, si ritiene che debbano essere previsti: «A) una udienza da parte di un tribunale imparziale [...]; B) un organo giudiziario con specifica preparazione giuridica, di cui sia garantita l'indipendenza rispetto ad altri organi statali; C) un diritto all'assistenza legale e a disporre del tempo e dell'opportunità idonei per preparare la difesa; D) un diritto a essere presente a tutti i passaggi cruciali della procedura; E) un diritto a esaminare i testimoni a sfavore; F) un diritto a che si assicuri che le prove presentate dallo Stato siano state raccolte in una maniera opportunamente controllata; G) un diritto a presentare prove a proprio favore; H) un diritto a presentare argomenti giuridici [...]; I) un diritto a conoscere le ragioni che hanno fondato la decisione del tribunale in merito alle prove e agli argomenti presentati davanti a esso; J) un qualche diritto di appello» (WALDRON 2016, 361 s.).

[5] Osserva RESCIGNO 1995, 264 che «la legge (nota bene: l'atto che formalmente è legge) è tanto più vicina al principio di legalità quanto più è generale e astratta, e la legge è tanto più lontana dal principio di legalità quanto meno generale e meno astratta essa è». E nella medesima prospettiva CARLASSARE 1990, 1, rileva che il principio di legalità «può ricollegarsi alla "isonomia" dei greci ed è sicuramente presente nelle democrazie italiane dove i magistrati dell'età comunale erano tenuti a conformare la loro azione alle norme, generali e astratte, previamente poste a garanzia di certezza, di eguaglianza, di eliminazione dell'agire arbitrario».

> cosa è fondamento, altra cosa è esercizio: alla legge, e cioè alle assemblee rappresentative, va impedito di esercitare ogni potere; nello stesso tempo il principio di sovranità popolare rende chiaro che la legge spetta solo ad assemblee rappresentative del popolo, e cioè elette dal popolo)»[6].

Si tratta di un concetto lucidamente ricostruito nelle sue diverse implicazioni da Riccardo Guastini, il quale ne segnala nel contempo pure la crisi dovuta al declino della legge nell'ordinamento vigente a seguito dell'introduzione di una Costituzione rigida, dell'attribuzione della competenza residuale alla legge regionale dopo la riforma dell'art. 117 Cost. realizzata nel 2001, della prevalenza dei regolamenti europei sulle fonti primarie interne e del ruolo crescente del potere esecutivo[7].

Nondimeno, «se il destino del principio di legalità appare segnato»[8], Roberto Bin evidenzia come la sua sostituzione con la nozione di *rule of law* possa mettere in discussione i risultati conseguiti – proprio sotto il profilo del collegamento col principio democratico – attraverso l'evoluzione dello Stato di diritto nello Stato costituzionale moderno, «segnata – in conseguenza dell'affermarsi del suffragio universale [...] – dall'inclusione dei diritti sociali nel catalogo dei diritti fondamentali e dall'affermazione dell'eguaglianza sostanziale accanto a quella formale»[9]. Più nel dettaglio,

> «il *global rule of law* è ancora ben lontano da offrirci – a noi cittadini sforniti di cittadinanza nella comunità globale, che è ancora essenzialmente composta da grandi operatori economici – neppure l'apparenza del sistema di garanzie dei diritti a cui siamo stati abituati dai nostri Stati sovrani. Anzi, si può ben dire che a causa della globalizzazione noi abbiamo visto arretrare in misura impressionante il livello di tutela dei nostri diritti e non solo di quelli sociali»[10].

Tutto ciò sebbene, con puntuale riferimento all'ordinamento interno ed all'ambito della legalità penale, Giorgio Pino ritenga che al progressivo indebolimento del versante democratico garantista del principio in questione debba corrispondere

[6] RESCIGNO 1995, 259 ss. Negli stessi termini si veda pure CARLASSARE 1990, 1, mentre, per un approccio più decisamente orientato a rinvenire il fondamento positivo del principio, cfr. FOIS 1973, le cui conclusioni al riguardo sono condivise da GUASTINI 1994.

[7] GUASTINI 2016, 151.

[8] PINO 2016, 177.

[9] BIN 2016, 43 s.

[10] BIN 2016, 46. «Con l'uso dell'espressione *rule of law* il linguaggio giuridico sembra voler ripristinare la separazione tra istituzioni politiche e regole pubbliche, da un lato, e società civile e la sua regolamentazione, dall'altro. Il libero mercato, d'altra parte, si è instaurato ben oltre i confini nazionali – e della stessa Unione europea – e impone agli Stati di astenersi dall'interferire con le loro leggi nella regolazione "spontanea" del mercato stesso; al contrario, i diritti individuali – e ancor più i diritti sociali, ovviamente – si sono affermati dentro i confini nazionali, attraverso la democratizzazione delle strutture politiche dello Stato, dalle quali dipende la loro effettività. È vero che sin dalle origini la tutela dei diritti è parte inseparabile del *rule of law*, così come lo è stata del *Rechtsstaat*. Ma di quali diritti si sta trattando?» (BIN 2016, 50).

«un ruolo di primo piano affidato all'aspetto della conoscibilità e dell'accessibilità delle norme penali da parte dei destinatari»[11] tipico del *rule of law*, nell'ottica di assicurare quanto più possibile la certezza del diritto. Infatti,

> «i requisiti formali del *rule of law* presuppongono una certa concezione del destinatario delle norme giuridiche, come soggetto autonomo e razionale, e sono finalizzati a predisporre un ambiente in cui il destinatario delle norme possa formarsi delle ragionevoli aspettative sulle conseguenze giuridiche delle proprie azioni e possa anche controllare e criticare l'esercizio del potere pubblico nella misura in cui quest'ultimo deluda arbitrariamente quelle aspettative. Non solo: i requisiti del *rule of law*, ove rispettati in misura adeguata, producono nel destinatario delle norme un effetto di stabilizzazione delle aspettative anche relativamente alle condotte *degli altri cittadini*»[12].

2. *La concezione sostanziale del* rule of law

Come si è accennato, a quella formale, che si risolve essenzialmente nel *rule by law*[13], si contrappone una concezione del *rule of law* per la quale «il diritto non si esaurisce nel diritto prodotto dal potere sovrano ma è l'esito dell'equilibrio tra i due elementi della coppia, risalente alla tradizione medievale, *gubernaculum/jurisdictio*»[14]. Il che non implicherebbe l'esistenza di un "*rule of the good law*" di matrice giusnaturalistica, ma semplicemente una duplicazione delle fonti, in virtù della quale esisterebbe un livello normativo in grado di limitare il rischio dell'arbitrio legislativo, nella convinzione che «un *rule of law* delle procedure potrebbe forse contribuire al progresso del diritto verso le aspirazioni delle minoranze e delle parti deboli, ma certo meno di un diritto positivo, anche sostanziale, inteso ad incarnare direttamente quello scopo»[15]. Dopodiché, mentre alcuni tendono a contrapporre la prima alla seconda concezione, altri ritengono, viceversa, che

> «fra legislazione e diritto, e fra dottrina illuminista della legalità e dottrina evoluzionista del *rule of law*, i rapporti non vanno impostati in termini di opposizione bensì di integrazione [...]. La differenza principale fra i due ideali, forse, riguarda l'interpretazione:

[11] PINO 2016, 227.
[12] PINO 2016, 216.
[13] «Si tratta, nelle parole di un suo autorevole teorico, il giudice della Corte suprema statunitense Antonino Scalia, del "*rule of law as a law of rules*". Questo atteggiamento di "protezione" del diritto da presunte "discrezionali" innovazioni si suppone produca positive conseguenze: serve la "certezza" del diritto, sottopone i poteri pubblici a regole prestabilite, tutti presupposti necessari di uno Stato liberale, e del suo pilastro, la separazione dei poteri» (PALOMBELLA 2016, 66).
[14] SCHIAVELLO 2016, 112.
[15] PALOMBELLA 2016, 86.

> attività estranea alla dottrina illuminista della legalità, ma ingrediente necessario della dottrina evoluzionistica del *rule of law*»[16].

Un simile schema viene poi riferito pure alla dimensione sovrastatale, in modo da superare le critiche rivolte al fenomeno della globalizzazione in un'ottica interna, sostenendo che

> «un diritto della comunità internazionale ha arricchito i contenuti del diritto internazionale tradizionale, con una sorta di *super partes law*, e consolidato il principio che possono ben darsi norme che non presuppongono il consenso di ciascuno. Tutto ciò costituisce appunto un "altro" diritto, e prefigura un aspetto non strumentale alla legalità»[17].

Con un parallelo ridimensionamento del principio democratico, la cui centralità sembrerebbe per converso presupposta da chi si oppone all'abbandono della dimensione statale, sulla base della considerazione che

> «la ragione del *rule of law* come un principio e come un ideale nella nostra civiltà giuridica (accanto a democrazia e diritti umani), ha a che fare con la prestazione del diritto, della legalità in sé e per sé, con la sua autonomia, la sua funzione non strumentale e la sua distinzione/separabilità concettuale rispetto al pur legittimo esercizio del potere normativo sovrano. E ciò, peraltro, indipendentemente dal fatto che il suo titolare possieda o meno credenziali "democratiche"»[18],

tenuto conto di come nelle Costituzioni europee contemporanee sia stato assicurato «ai diritti fondamentali e ad altri concorrenti principi rango equipollente al principio democratico, escludendo così che il secondo detenesse il potere giuridico di determinare a propria discrezione il destino dei primi»[19].

Cosicché il *rule of law* finisce per inscriversi nel perimetro del c.d. Stato costituzionale, inteso quale superamento dello Stato legislativo (di diritto) attraverso l'introduzione nel quadro delle fonti di un livello super primario, dove si aggiungono ai limiti procedurali dello Stato di diritto «anche limiti "sostanziali", di "contenuto", che impediscono che il potere costituito possa fare o decidere tutto ciò che vuole. Nello Stato costituzionale, la dialettica tra *gubernaculum* e *jurisdictio* appare ineludibile»[20].

[16] BARBERIS 2016, 34.
[17] PALOMBELLA 2016, 77.
[18] PALOMBELLA 2016, 64.
[19] PALOMBELLA 2016, 72.
[20] SCHIAVELLO 2016, 114.

3. *Il* rule of law *e lo Stato costituzionale*

Più nello specifico, nel lessico del neocostituzionalismo, che ne rappresenta la dimensione teorica[21],

> «l'espressione "Stato costituzionale" non indica solo il dato esteriore dell'esistenza di una Carta fondamentale dotata di forza giuridica maggiore di quella riconosciuta alle comuni leggi del Parlamento; e nemmeno solo la presenza di un sistema di garanzie esercitate dai giudici o da una Corte costituzionale *ad hoc*, contro le deliberazioni politiche contrarie alla Costituzione. Di queste Carte e di queste garanzie si avverte l'esigenza nelle condizioni storico-sociali in cui un'unità sociale non è data ma è problematica e l'accentuata distanza politica, economica e culturale delle componenti della società richiede di essere riconosciuta e garantita costituzionalmente contro la forza della maggioranza. I principi costituzionali riflettono questa situazione storica. Essi non producono un'unità staticamente realizzata, ma un'unità da realizzarsi dinamicamente. I principi entrano in gioco attraverso le loro possibilità combinatorie e la scienza giuridica è sfidata a un compito [...] che richiede strumenti concettuali duttili, [...] tra i quali principalmente il "bilanciamento"»[22].

Si arriva, così, ad un ulteriore filone tematico, rinvenibile sullo sfondo di diversi contributi e svolto frontalmente nei saggi di Timothy Endicott e Juan Ruiz Manero, concernente appunto la problematica del bilanciamento, sulla compatibilità del quale col *rule of law* esiste in dottrina un ampio dibattito.

Al riguardo, un primo orientamento lo configura come una procedura razionale sottoposta alla c.d. "legge del bilanciamento", in virtù della quale «quanto più alto è il grado di non soddisfazione o di lesione di un principio, tanto più grande deve essere l'importanza della realizzazione dell'altro principio»[23]. E ne rafforza l'attendibilità con una "formula del peso" ottenuta attribuendo un valore quantitativo espresso numericamente ai diversi fattori da prendere in considerazione[24]. Fino ad arrivare a sostenere che

[21] «Il neocostituzionalismo si presenta spesso e volentieri come la teoria del diritto dello Stato costituzionale, in opposizione al giuspositivismo come teoria del diritto dello Stato legislativo» (BARBERIS 2012, 31).

[22] ZAGREBELSKY 2002, 880. La letteratura sul bilanciamento è vastissima, soprattutto dagli anni Novanta, quando ha, tra l'altro, trovato uno dei primi contributi di taglio monografico in BIN 1992. Tra gli studi più recenti ci si limita pertanto a rinviare, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, a MORRONE 2014, cui ora *adde* ITALIA 2016.

[23] ALEXY 2012, 185.

[24] ALEXY 2012, 617 ss. Cfr., però, in proposito i rilievi di PINO 2010, 196-197, il quale, oltre a porre in dubbio che esista in ogni caso la possibilità di tradurre in termini numerici il conflitto tra diritti, ritiene «*impossibile* fissare l'importanza di un diritto per un verso, e il grado di interferenza con un altro diritto per altro verso, con una valutazione svolta in astratto, e un passo alla volta» per cui risulterebbe «difficilmente distinguibile la fase dell'ascrizione di un peso da quella della conciliazione/armonizzazione: una distinzione che forse è legittimamente sostenibile solo a fini di semplicità ricostruttiva *ex post* della decisione di

> «le diverse varianti della teoria standard del bilanciamento hanno come nucleo comune la tesi secondo cui è possibile conciliare i differenti principi in conflitto in una gerarchia armonica che stabilisca l'ordine di prevalenza di ciascuno di essi rispetto ad altri eventualmente concorrenti, non in relazione a qualunque caso possibile, ma in relazione a classi di casi (o, se si preferisce, in relazione a casi generici)»[25].

Altri, invece, pongono l'accento sulla circostanza che, specialmente nell'ambito dei diritti umani, ci si trova frequentemente a dover conciliare entità non commensurabili, non essendo possibile pesare i relativi interessi privati né in sé e per sé, né in relazione agli interessi pubblici, i quali «coinvolgerebbero la realizzazione di beni complessi che sono di un tipo profondamente differente»[26]. Sicché, «se non c'è alcuna base per decidere in un senso o nell'altro, allora il risultato sembra rappresentare una deviazione dal *rule of law*, favorendo un governo arbitrario dei giudici»[27], salvo riconoscere che non vi sarebbe arbitrio «nei casi in cui è necessario, per legittimi fini giuridici, che i giudici abbiano quel potere»[28], e cioè quando sussista la premessa istituzionale in forza della quale

> «il rispetto che tutte le autorità pubbliche debbono avere per certi interessi umani può essere assicurato nel modo migliore attribuendo a un tribunale indipendente dello Stato (o perfino, in Europa, a una corte internazionale) il potere di giudicare sulla giustizia dei modi in cui sono perseguiti obiettivi pubblici e che interferiscono con quegli interessi»[29].

Tuttavia, è evidente che si tratta di una modalità di decisione in cui emerge un'ulteriore caratteristica distintiva dello Stato costituzionale, rinvenibile nel rafforzamento della giurisdizione rispetto agli altri poteri e soprattutto nei confronti di quello legislativo[30] in virtù di una giurisprudenza divenuta – sotto la spinta dei principi –

bilanciamento, ma che rischia di mettere in ombra un aspetto importante, ossia il carattere reciproco e bilaterale dell'ascrizione di peso ai diritti in conflitto».

[25] RUIZ MANERO 2016, 340 s.

[26] ENDICOTT 2016, 294.

[27] ENDICOTT 2016, 295.

[28] ENDICOTT 2016, 306.

[29] ENDICOTT 2016, 308.

[30] «Introducendo nel sistema normativo un fattore permanente di virtuale invalidità e intaccando la presunzione di regolarità degli atti compiuti dal potere, queste riscritture del principio di legalità giurisdizionale – che del resto sono l'esplicitazione di quanto avviene nei tribunali – hanno, com'è ovvio, ricadute di grande rilievo sul ruolo dei giudici: posti in diretto contatto con la Costituzione e con i suoi principi ad alta densità politica (oltre che con le norme sovranazionali), essi sono chiamati a prestazioni interpretative complesse, che ne fanno la *bouche du droit* (dell'intero sistema normativo, cioè) e non della semplice *loi*, così divenendo tutti, in senso profondo e lato, giudici costituzionali. È quello che chiede loro, del resto, la Corte costituzionale italiana quando li spinge a valutare, insieme con la rilevanza e la non manifesta infondatezza, la possibilità di addivenire a un'interpretazione conforme a costituzione, sulla base dell'assioma secondo il quale "le leggi non si dichiarano incostituzionali, perché è possibile darne un'interpretazione

sempre più "creativa". Discorso, questo, che vale anche per i giudici comuni (si pensi, ad esempio, alla prassi dell'interpretazione conforme[31] a Costituzione delle norme ordinarie), ma si applica nella sua massima estensione alle Corti costituzionali relativamente al giudizio sulla legittimità delle leggi, posto che

> «in una società con una dichiarazione dei diritti di rango costituzionale e una pratica di controllo giudiziario "forte" di costituzionalità delle leggi, il *rule of law* richiederà di accettare un ruolo molto più ampio per le corti, nell'adozione di decisioni di interesse pubblico»[32].

4. *La giustizia costituzionale tra difficoltà contromaggioritaria e certezza del diritto*

Tale processo di giudizializzazione è stato criticato facendo leva sul principio democratico e ponendo l'accento sulla c.d. "difficoltà contromaggioritaria", con cui

> «si allude al fatto che le scelte legislative adottate dalle assemblee elettive secondo la regola democratica della maggioranza siano sindacate da giudici non elettivi sulla base di parametri costituzionali la cui interpretazione è controversa (come è il caso delle formulazioni di principio sui diritti fondamentali) ovvero sulla base di parametri che sono tratti dalla costituzione solo in modo indiretto (come è il caso del *diritto costituzionale vivente*, cioè del corpo normativo dei *precedents* elaborati nel tempo dalla giurisprudenza costituzionale)»[33].

Ma ciò, di per sé, non sembra inconciliabile col *rule of law*, che – lo si è evidenziato sopra – rispetto alla legalità della tradizione continentale tende a rendere meno stringente il legame col principio democratico. Atteso che, comunque, in un'ottica neocostituzionalistica si ritiene possibile ed anzi costituzionalmente necessario «conciliare gli imperativi dell'autodeterminazione e della sovranità popolare con i limiti al potere democraticamente investito», accantonando «concezioni puramen-

incostituzionale, ma perché non è possibile darne un'interpretazione costituzionale" (sentenza n. 356 del 1996)» (DI GIOVINE 2010, 36). Analogamente, LUCIANI 1999, 882, rileva che «una Costituzione per valori, anche quando affida il compito della propria difesa ad uno specifico giudice (un tribunale costituzionale), chiede anche al giudice comune prestazioni prima sconosciute. Poiché, corrispondentemente alla sua natura, il valore costituzionale assume significato entro il contesto giuridico-costituzionale in cui opera, e poiché una componente essenziale di tale contesto è la giurisprudenza, questa non può sfuggire al compito di commisurare le proprie decisioni al valore».

[31] Sulla quale si veda, da ultimo, LUCIANI 2016.

[32] WALDRON 2016, 388.

[33] CHESSA 2014, 435, al quale si rinvia anche per i riferimenti alla dottrina statunitense. «La questione fondamentale è la seguente: posto che le norme della costituzione sono – o vengono intese – quali criteri altamente flessibili, o in larga misura espansibili, come ci si può fondare su di esse per dichiarare l'incostituzionalità degli atti subcostituzionali? Non rischiamo forse di lasciare al giudice delle leggi un margine enorme di discrezionalità, quasi sovrana, su aspetti cruciali della nostra vita pubblica e dell'intero sistema giuridico?» (LUZZATI 2012, 198).

te rappresentativo-maggioritarie della democrazia» e valorizzando la «vocazione antimaggioritaria (non antidemocratica) del costituzionalismo, in nome di limiti assiologici alla sovranità popolare, così marcando la differenza fra la democrazia *tout court* e la democrazia costituzionale»[34].
Viceversa, assai più rilevante è l'impatto dei fenomeni descritti sulla certezza del diritto[35], nella misura in cui

> «non si può negare che le teorie che mettono grande enfasi sulla certezza del diritto, sulla prevedibilità e sulla stabilità, sulla determinatezza e l'intelligibilità delle norme che sono fatte valere nella società, e sul carattere relativamente coerente della loro amministrazione da parte dello Stato siano tra le concezioni più influenti del *rule of law*. In base a queste concezioni, l'aspetto più importante del diritto per le persone a esso soggette è la certezza e la prevedibilità del modo in cui condurre le proprie vite e i propri affari»[36].

Per cui si afferma che

> «la Corte costituzionale, per salvaguardare le esigenze sottese alla legalità penale intesa in chiave di *rule of law*, dovrebbe attenersi a un ruolo di puro "legislatore negativo": ove ravvisi una lesione del principio di legalità penale (secondo i parametri accennati poco sopra, cioè l'intelligibilità valutata dal punto di vista del destinatario del precetto penale) non dovrebbe consigliare interpretazioni migliori o avventurarsi in manipolazioni e correzioni del testo legislativo, ma dovrebbe semplicemente pronunciare una sentenza di accoglimento»[37].

Con una conclusione non molto distante da quella a cui altra dottrina perviene, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, sulla scorta di un'analisi rigorosa del solo dato giuridico positivo (costituito dalle disposizioni costituzionali e legislative) sul ruolo e sulle funzioni della Corte costituzionale[38], inquadrando il fenomeno

[34] DI GIOVINE 2010, 38-39. «Quello che a prima vista può apparire un limite all'esplicarsi del principio democratico si rivela una garanzia nei confronti della democrazia: garanzia che le sue estrinsecazioni maggioritarie non minino le fondamenta dell'edificio e in particolare non alterino il delicato equilibrio fra potere e libertà» (DI GIOVINE 2010, 40). Sul punto, invece, CHESSA 2014, 445 ss., pone l'accento «sulle differenze strutturali, istituzionali, tra procedimento legislativo e processo giurisdizionale» per osservare che «il legislatore non potrebbe mai svolgere un controllo di costituzionalità negli stessi termini dei giudici. Questi possono accedere a qualcosa che è precluso al legislatore: la conoscenza empirica del caso concreto controverso, dell'*hard case* in quanto caso imprevisto», per cui «alla domanda perché l'interpretazione *giudiziale* della costituzione debba prevalere su quella *legislativa*, si può dare una sola risposta veramente sensata: perché è *giudiziale*».
[35] Cfr., al riguardo, ITALIA 2016, 87 ss.
[36] WALDRON 2016, 383.
[37] PINO 2016, 232.
[38] In tal senso, si fa riferimento innanzitutto alla stessa Carta costituzionale, con particolare riguardo all'«espressa indicazione dell'art. 134 Cost., che sancisce per la Corte il ruolo di giudice di "legittimità costituzionale", laddove l'espressione "legittimità": 1) non ha alcuna connotazione etica; 2) presuppone la

delle c.d. sentenze "paralegislative" nei termini di una «"deviazione" dall'originario modello di legalità costituzionale»[39]. E la consonanza tra i due autori si estende pure alla scelta del metodo interpretativo da utilizzare, nella convinzione che

> «certamente la Corte costituzionale, per poter svolgere il suo cómpito di custode della legalità costituzionale come sopra descritto, deve necessariamente *interpretare il testo* della Costituzione ed *applicare le norme* così desunte nel giudizio di costituzionalità, mettendole a confronto con le norme di legge della cui conformità a Costituzione si dubita. Quel che viceversa la Corte, secondo il diritto (costituzionale e legislativo) vigente, *non* può e non deve fare, sono ulteriori attività – nient'affatto necessarie e diverse dall'interpretazione e dall'applicazione in senso proprio – costituite dalla *modifica*, dall'*integrazione* e dall'*attuazione* delle norme costituzionali direttamente riconducibili agli enunciati costituzionali»[40].

corrispondenza ad un parametro normativo, costituito qui dalla legge (costituzionale); 3) si definisce per contrapposizione al giudizio di "merito"» (VIGNUDELLI 2016, 96). E poi alle leggi attraverso le quali si è dato seguito alle riserve di legge previste dall'art. 137 Cost. per quanto concerne, da un lato, «le condizioni, i termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale, e le garanzie di indipendenza dei giudici della Corte» (legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 1) e, dall'altro lato, «la Costituzione e il funzionamento della Corte» (legge ordinaria 11 marzo 1953, n. 87).

[39] VIGNUDELLI 2016, 111. Circa le sentenze paralegislative, invece, cfr. 123 ss.

[40] VIGNUDELLI 2016, 113. In termini non molto distanti, Pino afferma che «le esigenze del *rule of law* richiedono una adesione quanto maggiore possibile al significato letterale della disposizione legislativa (quale sarebbe ragionevolmente compreso da un parlante medio, nel senso sopra chiarito), e la tendenziale esclusione del ricorso a tecniche interpretative e argomentative ad alto tasso di tecnicismo giuridico, come per esempio certe forme di interpretazione sistematica, adeguatrice, teleologica» (PINO 2016, 231).

Riferimenti bibliografici

ALEXY R. 2012. *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, il Mulino, 2012.

BARBERIS M. 2012. *Stato costituzionale*, Modena, Mucchi, 2012.

BARBERIS M. 2016. *Possono governare, le leggi? Il dilemma del* Rule of Law, in PINO G., VILLA V. (eds.), Rule of Law. *L'ideale della legalità*, Bologna, il Mulino, 2016, 13 ss.

BIN R. 1992. *Diritti e argomenti*, Milano, Giuffrè, 1992.

BIN R. 2016. Rule of Law *e ideologie*, in PINO G., VILLA V. (eds.) 2016. Rule of Law. *L'ideale della legalità*, Bologna, il Mulino, 2016, 37 ss.

CARLASSARE L. 1990. *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XVIII, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1990.

CHESSA O. 2014. *Fatti sociali, verità morali e difficoltà contromaggioritarie. A proposito di alcune tesi di Roberto Bin sulla discrezionalità giudiziale*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 14, 2014, 411 ss.

DI GIOVINE A. 2010. *Potere giudiziario e democrazia costituzionale*, in SICARDI S. (ed.), *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, Napoli, Esi, 2010, 36 ss.

ENDICOTT T. 2016.*Proporzionalità e incommensurabilità*, in PINO G., VILLA V. (eds.) 2016. Rule of Law. *L'ideale della legalità*, Bologna, il Mulino, 2016, 287 ss.

FOIS S. 1973. *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, 659 ss. Ora anche in ID., *La crisi della legalità*, Milano, Giuffrè, 2010, 383 ss.

GUASTINI R. 1994. *Legalità (principio di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. IX, Torino, UTET, 1994, 84 ss.

GUASTINI R. 2016. *Legalità*, in PINO G., VILLA V. (eds.), Rule of Law. *L'ideale della legalità*, Bologna, il Mulino, 2016, 137 ss.

ITALIA V. 2016. *Il bilanciamento nelle leggi*, Milano, Giuffrè, 2016.

LUCIANI M. 1999. *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in PACE A. (ed.). *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, Giuffrè, 1999, 873 ss.

LUCIANI M. 2016. *Interpretazione conforme*, in *Enciclopedia del diritto*, *Annali*, vol. IX, Milano, Giuffrè, 2016, 391 ss.

LUZZATI C. 2012. *Prìncipi e princìpi*, Torino, Giappichelli, 2012.

MORRONE A. 2014. *Il bilanciamento nello Stato costituzionale*, Torino, Giappicchelli, 2014.

PALOMBELLA G. 2016. *Oltre il principio di legalità dentro e fuori lo Stato. I due versanti del diritto e il* Rule of Law, in PINO G., VILLA V. (eds.), Rule of Law. *L'ideale della legalità*, Bologna, il Mulino, 2016, 61 ss.

PINO G. 2010. *Diritti e interpretazione*, Bologna, il Mulino, 2010.

PINO G. 2016. *Legalità penale e* Rule of Law, in PINO G., VILLA V. (eds.), Rule of Law. *L'ideale della legalità*, Bologna, il Mulino, 2016, 177 ss.

RESCIGNO G.U. 1995. *Sul principio di legalità*, in «Diritto pubblico», 1995, 247 ss.

RUIZ MANERO J. 2016. Rule of Law *e bilanciamento. Un limite del bilanciamento e una insufficienza della sua teoria standard*, in PINO G., VILLA V. (eds.), Rule of Law. *L'ideale della legalità*, Bologna, il Mulino, 2016, 333 ss.

SCHIAVELLO A. 2016. *Il* Rule of Law *secondo Ronald Dworkin. Qualche osservazione critica*, in PINO G., VILLA V. (eds.), Rule of Law. *L'ideale della legalità*, Bologna, il Mulino, 2016, 109 ss.

VIGNUDELLI A. 2016. *Il fantasma della legalità,* in «Lo Stato», 7, 2016, 85 ss.

WALDRON J. 2016. *Il* Rule of Law *e l'importanza della procedura*, in PINO G., VILLAV. (eds.), Rule of Law. *L'ideale della legalità*, Bologna, il Mulino, 2016, 357 ss.

ZAGREBELSKY G. 2002. *Diritto per: valori, principi o regole?*, in «Quaderni fiorentini», XXXI, 2002, 865 ss.

MONTESQUIEU E IL DIBATTITO GIUSFILOSOFICO SUL DIRITTO PENALE

MATTEO **ZATTONI**

&dq

Montesquieu e il dibattito giusfilosofico sul diritto penale

Montesquieu and the discussion on penal law from a juridical and philosophical point of view

MATTEO ZATTONI

Dottore di ricerca in "Filosofia del Diritto", Centro di ricerca interdipartimentale su Discriminazioni e vulnerabilità (CRID) – Unimore
Email: matteo.zattoni@unimore.it

ABSTRACT
La dottrina di Montesquieu in ambito penalistico deve essere calata all'interno di un dibattito polifonico, di tipo giusifilosofico, che si sviluppa dal Seicento all'Ottocento, al fine di inquadrarne correttamente innovazioni e limiti. Il fulcro di tale dibattito è costituito dal rapporto tra due opere centrali: *De l'esprit des lois*, da un lato, e *Dei delitti e delle pene*, dall'altro.
Attraverso la rilettura del volume di Ippolito, *Lo spirito del garantismo*, il presente studio si incarica di mettere in luce i principali snodi problematici del *chef-d'oeuvre* montesquieuiano, in correlazione con la successiva opera di Beccaria, ma anche con un insieme più ampio di contributi teorici dell'epoca: dai giusnaturalisti volontaristici al movimento illuminista.

In order to understand innovations and limits of Montesquieu's doctrine in the penal field, it is necessary to examine it in the light a polyphonic discussion of a juridical as well as philosophical nature. The cornerstone of such a discussion, which develops from the 17th century until the 19th century, consists in the relationship between two main works: *De l'esprit des lois*, on one side, and *Dei delitti e delle pene*, on the other.
Through the reinterpretation of Ippolito's work, *Lo spirito del garantismo*, this paper aims at throwing some light on the most problematic aspects of Montesquieu's *chef d'oeuvre*, in correlation with both Beccaria's later work and a wider landscape of theoretical contributions of that time: from voluntarism in natural law to the illuminist movement.

KEYWORDS
Montesquieu, garantismo, Ippolito, riforma del diritto penale, *Dei delitti e delle pene*

Montesquieu, guarantism, Ippolito, reform of the penal law, *Dei delitti e delle pene*

© 2017, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
Tutti i diritti sono riservati.

Montesquieu e il dibattito giusfilosofico sul diritto penale

MATTEO ZATTONI

1. Lo studio che Dario Ippolito dedica al tema del garantismo[1], parafrasando fin dal titolo il *chef-d'œuvre* montesquieuiano, occupa uno spazio di rilievo nel panorama di rinascenti studi sul pensiero del Bordolese in Italia[2]. Nel medesimo tempo, però, pur passando analiticamente in rassegna tutti gli snodi problematici che emergono dalle pagine del *Président* (e prendendo posizione, su taluni, in modo inedito), non si risolve "unicamente" nell'analisi di un autore e, tantomeno, di una singola opera, sebbene monumentale, come l'*Esprit*.

Ippolito, in effetti, ricostruisce, pur nella sintesi, i tratti di un dibattito *polifonico* che vede i suoi primi germogli nel Seicento con i giusnaturalisti volontaristici[3], esplode nel Settecento con Montesquieu e Beccaria e con il movimento illuminista[4], per vedere i suoi frutti politicamente maturi tra il finire del Settecento[5] e l'Ottocento. Se è evidente che le due opere centrali nel dibattito sono, da un lato, *De l'esprit des lois* del 1748 (anticipato dalle *Lettres persanes* del 1721) e, dall'altro, *Dei delitti e delle pene* del 1764[6], l'autore dello studio è attento a ricostruire anche le reazioni e le riflessioni,

* Nota critica a IPPOLITO D. 2016. *Lo spirito del garantismo*, Roma, Donzelli, 2016.

[1] Già in precedenza l'autore aveva affrontato il tema, da varie prospettive: IPPOLITO 2007, 525-542; IPPOLITO 2008; IPPOLITO 2010, 6-14; IPPOLITO 2011; IPPOLITO 2014a, in particolare *Introduzione* e cap. 1; ID. 2014b, XIII-XX.

[2] Tali studi hanno ripreso vigore a partire dalla pubblicazione della nuova traduzione di tutti gli scritti del *Président* in MONTESQUIEU 2014, proseguendo per quanto attiene al *côté* italiano con GAZZOLO 2014 e SLONGO 2015.

[3] Fra questi, oltre a Hobbes e Pufendorf, va segnalato soprattutto Christian Thomasius come precursore delle critiche al carattere confessionale del diritto penale, che culminarono nell'opera *De crimine magiae* del 1701.

[4] Fra i contributi dei *Philosophes* è importante segnalare quello di Voltaire, non solo per quanto concerne la difesa della tolleranza religiosa, ma anche per la piena e immediata adesione alle tesi di Beccaria in particolare sulla tortura e sulla pena di morte, che lo portarono a farsi promotore di campagne d'opinione in alcuni casi giudiziari: VOLTAIRE 1994.

[5] Va ricordato che l'abolizione della pena di morte nel Granducato di Toscana, da parte del granduca Pietro Leopoldo, risale al 30 novembre 1786. È il primo Stato a procedere a tale abolizione, benché la pena di morte sia poi reintrodotta da Leopoldo nel 1790, ma solo per i "crimini eccezionali".

[6] In coincidenza con i duecentocinquant'anni dalla pubblicazione, va segnalata una rifioritura degli

spesso sdegnose e inquisitorie, che tali opere hanno fatto scaturire dalla penna delle figure oppositive di quel periodo: da Monsignor Giovanni Gaetano Bottari all'avvocato penalista Pierre-François Muyart de Vouglans[7].

Sullo sfondo, ma sempre interagenti, vi sono i grandi paradigmi filosofici dell'epoca la cui validità è messa alla prova per spiegare l'origine delle pene: *giusnaturalismo* e *contrattualismo*. Per un verso le tesi di Grozio – nel cui orizzonte, secondo Ippolito, ricade lo stesso Montesquieu – incarnano una concezione oggettivistica dell'etica; da quest'ultima deriva, a sua volta, la concezione retributivistica della pena, al cui interno trova naturale collocazione il principio di omogeneità delle pene rispetto ai delitti. Per l'altro verso, vi sono le tesi del contratto sociale, che connotano molti esponenti dell'*Encyclopédie*, i quali dunque propendono decisamente per una giustificazione in chiave utilitaristica, che accetta il principio di omogeneità (pur in assenza dei presupposti retributivistici) in nome dello scopo di prevenzione generale.

Dando conto di questa complessa trama di voci e di macroconcezioni, l'opera riesce a restituire in modo agile la complessità e la portata storica del cambiamento in atto a metà del Settecento rispetto all'ideologia conservatrice sottesa alla legislazione penalistica allora vigente, che era ancora fermamente improntata al *criterio della deterrenza terroristica*.

2. Ippolito preannuncia, fin dal prologo, l'intenzione di recuperare il termine "garantismo" dalle incrostazioni che il tempo e gli abusi hanno depositato, citando – non a caso – uno dei massimi alfieri del garantismo contemporaneo, Luigi Ferrajoli[8]. Per ricaricare dei suoi significati originari un tema così spesso invocato a sproposito e mostrarne invece tutta l'urgenza, l'autore ricalca il metodo *maieutico*, non imponendo una verità precostituita, bensì stimolando il sorgere graduale della consapevolezza nel lettore attraverso una serie incalzante di interrogazioni.

«[C]onosci tutte le proibizioni penali?»[9]. «Se il confine tra il proibito e il permesso non è determinato con precisione, come posso essere certo di non espormi a una punizione?»[10]. Si va dalla messa in crisi del concetto di conoscibilità della legge penale[11] all'analisi dei rischi della mancata tassatività[12]; una formulazione

studi in materia: AUDEGEAN 2014; BARBERIS et al. 2014; IPPOLITO 2014c, 589-620; 2014d, 53-61; CURTI 2015; PISANI 2015; CHIODI, GARLATI 2015; PISANI et al. 2015; BELLINI 2015; PICOTTI 2015.

7 MUYART DE VOUGLANS 1785, 79.

8 Sul tema, si vedano almeno FERRAJOLI 1989, specie la parte quinta; FERRAJOLI 2007; 2013a.; 2013b, 537-541; 2014; GIANFORMAGGIO 1993; IPPOLITO 2008.

9 IPPOLITO 2016, 5.

10 IPPOLITO 2016, 6.

11 Il noto brocardo *ignorantia legis non excusat* ha trovato una concreta trasposizione nell'art. 5 del Codice penale italiano: «Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale». È appena il caso di accennare che il dibattito in sede dottrinale sull'eccessivo rigore della norma e i parziali temperamenti

inesatta o non rigorosa della legge, come è noto, aumenta a dismisura la discrezionalità interpretativa dei giudici, che devono attenersi strettamente a essa, sulla base della loro soggezione alla legge[13].

Da ultimo Ippolito giunge all'amara, quanto realistica, considerazione che «[n]eanche la legislazione penale migliore, tuttavia, è in grado di assicurare completamente l'innocenza dall'ingiustizia»[14]; è nel suo statuto di essere umano che il giudice rivela tutta la sua fallibilità, non diversa da quella riscontrabile in ogni altra professione, con la decisiva differenza che l'errore giudiziario incide direttamente sulla libertà personale dell'individuo, con esiti che investono potenzialmente tutti gli ambiti della sua esistenza (dalla reputazione al lavoro, dalla famiglia alle relazioni).

Se il garantismo può essere pacificamente definito come «dottrina della limitazione giuridica del potere punitivo»[15], le sue radici vanno ricercate nella riflessione illuministica del diritto penale che segna il passaggio dalla tradizionale *potestas legibus soluta*, tipica dello Stato assoluto, al paradigma dello Stato di diritto in una prospettiva *ex parte civium*[16]. In questa riflessione un ruolo centrale è senz'altro svolto dal pensiero del Bordolese che, partendo dalle sferzate ironiche delle *Lettres persanes*[17], approda all'icastica e ormai proverbiale definizione del potere giudiziario come "invisible & nulle"[18].

3. Nei nove capitoli, in cui è suddiviso il libro di Ippolito, l'opera più sistematica di Montesquieu[19] diviene il punto di innesco per sviscerare, a una a una, tutte le princi-

apportati dalla giurisprudenza (solo per i reati contravvenzionali) convinsero, infine, la Corte Costituzionale a emettere la sentenza 24 marzo 1988, n. 364. Tale sentenza ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 5 «nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità della ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile», ossia l'ignoranza insuperabile da chiunque si fosse trovato nella medesima situazione. Posto l'adempimento del dovere di informazione, l'errore di diritto scusabile, dovuto a ignoranza inevitabile, si configura solamente nel caso di una oggettiva e insuperabile oscurità della norma (o del complesso di norme) da cui deriva il precetto penalmente violato.

[12] Si noti come entrambe le distorsioni qui citate – superfetazione legislativa, da un lato, e carenza di tassatività delle fattispecie, dall'altro – siano riconducibili al momento della formazione della legge penale e, dunque, secondo la nota tripartizione delle funzioni, alla funzione legislativa, imputabile nell'architettura costituzionale italiana all'asse dei poteri legislativo-esecutivo.

[13] Art. 101, co. 2, Cost.: «I giudici sono soggetti soltanto alla legge».

[14] IPPOLITO 2016, 6.

[15] IPPOLITO 2016, 7.

[16] Si tratta della transizione epocale dal "governo degli uomini" al "governo delle leggi", cui fa riferimento, fra gli altri, BOBBIO 1984, 169-194.

[17] Considerazioni, pur frammentarie sul diritto penale, di Montesquieu si ritrovano in quattro passi delle *Lettres persanes*, rispettivamente MONTESQUIEU 1721, LXXVI, LXXXX, XC e CII.

[18] MONTESQUIEU 1748, 1222.

[19] Se il *Président* concentra la trattazione principale del diritto penale in una *sedes materiae*, ossia il libro XII dell'*Esprit*, dedicato alle «Leggi che formano la libertà politica nel suo rapporto col cittadino», molte

pali questioni di diritto penale dell'epoca, rivelandone spesso l'attualità dei principi.

In via preliminare, nel capitolo I, l'autore muove dalla definizione di "libertà politica", distinguendola tanto dalla libertà filosofica (o autonomia morale), quanto dalla libertà civile[20]. Tuttavia, parlando di un "lessico personale"[21], egli mette subito l'accento sulle ridefinizioni semantiche operate dal Bordolese, sia rispetto alle oscillazioni nell'uso del termine "libertà politica" nella letteratura francese antecedente, sia rispetto all'uso successivo che ne faranno gli scrittori del tardo Illuminismo e della rivoluzione francese[22].

Per il fine della libertà politica, così circoscritta, assume sommo valore la certezza del diritto, per ottenere la quale servono norme precostituite a cui i tribunali devono attenersi per le loro decisioni, ma anche la garanzia istituzionale del bilanciamento dei poteri[23], con particolare attenzione «alla separazione organica, alla distinzione funzionale e alla delimitazione legale della funzione giudiziaria»[24]. Nemmeno la separazione dei poteri e la soggezione del giudice alla legge, però, determinano la piena condizione di sicurezza (in senso oggettivo e come opinione soggettiva), che ha bisogno di una garanzia ulteriore derivante dal contenuto delle leggi: si crea così quel vincolo trilaterale tra *libertà*, *sicurezza* e *legge penale*.

Procedendo per brevi cenni significativi sull'opera, i capitoli II e III appaiono collegati, in quanto il primo affronta la questione dei rapporti tra il *Président* e le concezioni giusnaturalistiche, mentre il secondo ne applica gli esiti al tema della derivazione dei castighi dai delitti. Col supporto di un campionario di argomentazioni testuali[25], l'autore confuta recisamente la tesi della completa e volontaria estraneità di Montesquieu rispetto ai concetti del diritto naturale: pur non appartenendo *stricto sensu* alla tradizione giusnaturalistica, il Bordolese si serve infatti di essi nell'elaborare un paradigma scientifico che faccia da *tertium genus* – sotto il profilo tanto metodologico quanto epistemologico – rispetto sia alla

altre importanti osservazioni sui meccanismi dello Stato di diritto, sulla composizione delle leggi e sulle norme penali presenti nelle forme di governo tipiche o in alcuni Stati geograficamente determinati sono disseminate in varie parti dell'opera; a mero titolo esemplificativo: libri VI, XI (inizialmente unito al XII), XIX (in particolare cap. 14), XXV (specie cap. XII), XXIX.

[20] Quest'ultima tipologia di libertà, secondo l'autore, non si applica ai rapporti tra individuo e autorità politica, bensì alle relazioni tra soggetti privati, denotando «lo status di chi è immune dal *dominium* di un padrone»: IPPOLITO 2016, 21.

[21] IPPOLITO 2016, 17.

[22] Chiamando a proprio sostegno, fra i molti possibili, un brano di Nicolas Bergasse, Ippolito ritiene sovrapponibile il concetto di "libertà politica", secondo l'uso che ne fa Montesquieu, con quello di "libertà civile", così come adottata dagli esponenti del tardo Illuminismo: IPPOLITO 2016, 20.

[23] Con tale presa di posizione, Ippolito pare dunque rientrare tra quanti, sulla scorta di Eisenmann, sostengono l'interpretazione *politique* o *antiséparatiste* del principio della divisione dei poteri montesquieuiano (in opposizione alla tradizionale interpretazione *juridique* o *séparatiste*): GOLDONI 2005, 759-774.

[24] IPPOLITO 2016, 24.

[25] Si vedano, per tutti, i capitoli 1 e 2 del libro I, intitolati rispettivamente *Sulle leggi, nel rapporto che hanno con i diversi esseri* e *Sulle leggi naturali*.

giurisprudenza tradizionale (basata sull'*interpretatio*) sia alla scuola del diritto naturale basata sulla *demonstratio*.

È dall'esordio del capitolo 4, libro IV, dell'*Esprit*[26] che si ricava in particolare il principio di omogeneità (qualitativa) tra la natura dei delitti e le pene. Per rendere plasticamente l'idea dell'impatto macroscopico di tale principio nel dibattito sulla riforma penale, Ippolito passa brevemente in rassegna alcune tra le molte opere in cui esso ha trovato concreta attuazione: dal *Nakaz* (1767) dell'Imperatrice di Russia Caterina II al *Plan de législation criminelle* (1780) di Jean-Paul Marat, dall'*Essai sur les réformes à faire dans nostre législation criminelle* (1781) di François-Michel Vermeil al progetto di codice penale presentato nel 1791 all'Assemblea costituente dal deputato Louis-Michel Lepeletier fino al Beccaria di *Dei delitti e delle pene* (1764), in cui però i presupposti retributivistici sono sostituiti da quelli utilitaristici di prevenzione generale.

Il principio di omogeneità è utilizzato da Montesquieu per sostenere due direttrici di riforma: la laicizzazione e la mitigazione del diritto penale. Alla prima delle due istanze riformatrici si collegano i capitoli IV e V dello *Spirito del garantismo*, mentre alla seconda si possono far ricondurre il capitolo VI e, in senso proprio, i capitoli VII e VIII.

Ippolito analizza il carattere confessionale del diritto penale nella sua duplice manifestazione: da un lato, la criminalizzazione della devianza dogmatica, che si esplica nel vietare opinioni incompatibili con la dottrina della fede (capitolo IV); dall'altro, l'orientamento verso una ortoprassi improntata all'ortodossia e la conseguente sanzione dei comportamenti antinomici rispetto alle interdizioni religiose e in particolare del suicidio (capitolo V). L'aspetto più originale di questo "dittico" consiste nella proposta metodologica di una *lettura tra le righe* di alcuni passi dell'*Esprit*, proposta che ritornerà anche nel cap. VI e che può richiamare gli ammonimenti di Leo Strauss[27].

Per questa via, Ippolito ridimensiona il peso della clausola cautelativa inerente all'eresia[28], prendendo nettamente le distanze da quel filone interpretativo minoritario che, per bocca del suo più autorevole esponente Giovanni Tarello, non considera Montesquieu «né un teorico umanitario né un teorico liberale o preliberale»[29] in merito alle sue dottrine penalistiche. Di converso l'autore dello *Spirito del garantismo* ritiene che non vi siano adeguati fondamenti testuali per sostenere – come

[26] «Si ha il trionfo della libertà quando le leggi penali traggono ogni pena dalla natura particolare del delitto. Tutto ciò che vi è di arbitrario viene a cessare; la pena non deriva più dal capriccio del legislatore, ma dalla natura delle cose, e l'uomo non fa violenza all'uomo»: MONTESQUIEU 1748, 1283.

[27] STRAUSS 1952, 20-34.

[28] «Non ho detto qui che non si debba punire l'eresia; dico che bisogna essere molto cauti nel punirla»: MONTESQUIEU 1748, 1291.

[29] TARELLO 1975, 206.

pure fa Tarello – l'inserimento, da parte del Bordolese, di magia ed eresia nella quarta classe di crimini (che offendono la sicurezza dei cittadini)[30].

A suffragare la lettura tra le righe di Ippolito vi è anche la reazione che suscita la lettera di riprovazione di Usbek sul suicidio[31], con la dura presa di posizione dell'abate Jean-Baptiste Gaultier nel suo *Lettres persanes convaincues d'impiété* del 1751; tale (ennesimo) attacco porterà il *Président* a cautelarsi dall'accusa d'irreligione aggiungendo nella nuova edizione delle *Lettres persanes* una lettera supplementare di risposta a Usbek, contenente l'apologia del divieto (religioso e giuridico) del suicidio, per bocca di Ibben[32]. Resta però aperta la questione, sollevata da Luigi Delia[33] e sostenuta da Domenico Felice[34], di un eventuale mutamento di opinione di Montesquieu sul tema, in seguito alla sua adesione al cristianesimo e allo stoicismo di Marco Aurelio.

4. Nel capitolo VI dello *Spirito del garantismo* ("Garantismo *versus* dispotismo"), l'autore dà risalto a uno degli aspetti innovativi della dottrina montesquieuiana, ossia il riconoscimento del dispotismo come forma autonoma di governo (e non come semplice "abuso" della monarchia, secondo la lezione di Voltaire[35]): tale inedita classificazione si ottiene combinando il tradizionale criterio della titolarità del potere sovrano (repubblica/monarchia) con quello delle modalità del suo esercizio (monarchia/dispotismo). Lungi dall'essere appannaggio esclusivo dei più servili popoli orientali, il dispotismo – «senza legge e senza regola» e basato sul principio della paura – insidia ogni forma di governo, compresa la monarchia francese di cui Montesquieu è suddito: da qui, come nota acutamente l'autore dello studio, la sua «insistita riflessione sulle tecniche istituzionali di limitazione del potere politico»[36].

Proprio nel tentativo di inquadrare correttamente la discussione del *Président* sui connotati formali e sostanziali del *crimen laesae maiestatis humanae*, Ippolito suggerisce nuovamente il ricorso al metodo straussiano che consente di giustificare in termini di "scelta cautelativa" l'annacquamento della *vis polemica* riscontrabile nel libro XII. Nonostante l'intenzionale disseminazione di esemplificazioni e aneddoti, Montesquieu pone in questa sede due fondamentali principi metalegislativi

[30] Data la nozione più estesa che Montesquieu adotta per il termine "sacrilegio", Ippolito conclude che magia ed eresia – in modo inequivocabile per la prima e, con qualche cautela in più, per la seconda – rientrino entrambe nella prima categoria dei delitti (quelli che offendono la religione), a cui corrispondono sanzioni meramente religiose.

[31] MONTESQUIEU 1721, 210-215.

[32] MONTESQUIEU 1721, 428-431.

[33] DELIA 2015, 1-15.

[34] MONTESQUIEU 1721, 430, nt. 1.

[35] VOLTAIRE 1768, 851; 2011.

[36] IPPOLITO 2016, 67.

del garantismo (tassatività e materialità dell'azione), a cui va ad aggiungersi nel libro XIX il principio di necessità della legge penale[37], «ancorato ai postulati del giusnaturalismo e contrapposto alle pretese del volontarismo giuridico»[38]. Ippolito precisa anche le modalità con cui quest'ultimo principio interagisce e si sviluppa nell'opera di Beccaria, assumendo una duplice valenza normativa: principio utilitaristico della pena minima necessaria (in relazione all'entità della pena) e principio di offensività (in rapporto alla legittimità delle figure di reato).

L'azione sinergica di questi tre principi comporta una limitazione della potestà del sovrano e tende logicamente verso un sistema di moderazione delle pene. Come ricostruito da Ippolito nel capitolo VII, tale "invenzione" del Bordolese gli attira gli strali del criminalista Muyart de Vouglans, il quale attacca in pari tempo le sue asserzioni e la sua persona, azionando una moderna *macchina del fango* per colpirne la reputazione[39].

5. Il nucleo della riflessione montesquieuiana *de iure condendo* consiste, in primo luogo, nell'evidenziare l'effetto solo transitorio dell'inasprimento delle pene, dovuto alla progressiva abitudine dell'immaginazione umana[40]; in secondo luogo, nello spostare la causa della moltiplicazione dei crimini dalla moderazione delle pene all'impunità dei delitti[41] (osservazione sviluppata con più larghezza da Beccaria); in terzo e ultimo luogo, nel tentativo di introdurre un criterio di proporzionalità quantitativa tra entità dei delitti e severità dei castighi[42].

All'interno di tale istanza mitigratrice del diritto penale si colloca come caso particolare ed emblematico la "morte come pena", trattata nel capitolo VIII. Questo è forse il punto in cui l'autore dello studio, raccogliendo abilmente l'invito introduttivo di Beccaria[43], riesce a distinguere maggiormente i passi del maestro da quelli dell'allievo. Partiamo dal primo dei due. Montesquieu infrange il criterio della proporzionalità della giustizia penale del suo tempo – legato al *quantum* e non al *genus* della pena –, affermando il principio di omogeneità *qualitativa* come canone fondamentale della giustizia naturale. Tuttavia questo stesso criterio che, per un verso, conduce alla «riduzione drastica delle fattispecie sanzionate con la pena

[37] «Ogni pena che non derivi dalla necessità è tirannica. La legge non è un puro atto di forza; le cose per loro natura indifferenti non sono di sua competenza»: MONTESQUIEU 1748, 1535.

[38] IPPOLITO 2016, 73.

[39] IPPOLITO 2016, 76 s.

[40] Si prenda ad esempio l'effetto dell'introduzione del supplizio della ruota per le rapine lungo le grandi strade: MONTESQUIEU 1748, 1081.

[41] «Si esamini la causa di tutti i rilassamenti e si vedrà che essa deriva dall'impunità dei delitti, e non certo dalla moderazione delle pene»: MONTESQUIEU 1748, 1081.

[42] Si veda il paragone tra le pene previste per i ladri e quelle per gli assassini rispettivamente in Cina e in Moscovia: MONTESQUIEU 1748, 1092-1095.

[43] FRANCIONI 1984, 25.

capitale»[44], per l'altro, ne legittima l'esercizio, sia pure limitato alle sole offese alla sicurezza dei cittadini, in virtù della *lex talionis*[45]. Non solo: secondo il *Président*, l'eliminazione fisica del condannato costituirebbe il *pharmakon* penale attraverso il quale guarire l'intera società. Chiude il suo ragionamento una constatazione: la legge che prevede la pena di morte è stata istituita anche in favore dell'assassino, poiché da essa anch'egli «*è stato* tutelato durante il corso della sua vita»[46].

Di tutt'altro segno è, invece, la riflessione dell'*allievo* Beccaria che porta con sé implicazioni ben più innovative. In effetti questi, superando tanto la visione giusnaturalistica sottesa al principio di omogeneità quanto il canone retributivistico, approda concettualmente alla razionalità utilitaristica delle pene; ciò gli consente di chiedere – neppure due decadi dopo l'*Esprit* – non solo la limitazione, ma addirittura l'*abolizione* della pena di morte, negandone la presunta attitudine a garantire sicurezza (e, dunque, l'utilità) e mostrando l'effetto controproducente che essa determina sulla società come esempio di crudeltà di Stato. È l'inizio della rivoluzionaria stagione culturale denominata da Michel Porret "momento Beccaria"[47].

Il IX capitolo, infine, è incentrato sulla fase processuale, che ricopre una posizione preminente nella riflessione montesquieuiana. Preliminarmente Ippolito mette in guardia dalla tentazione di sovrapporre la nostra cultura giuridica a quella del *Président*, andando alla ricerca di una «dicotomia categoriale diritto sostanziale/diritto processuale»[48], che è invece estranea alla sua epoca. L'unitarietà di trattamento del problema penale è confermata dalla struttura del libro XII dell'*Esprit des lois*, che, dopo due rapide notazioni sul numero dei testimoni necessario e sul tipo di maggioranza richiesta per il collegio giudicante, non offre un'analitica discussione sui canoni del giusto processo. Ma è nei reati considerati liberticidi da Montesquieu che emergono nuovamente i suoi principi: annovera, per esempio, i reati a fattispecie indeterminata, perché contrari al principio di tassatività, nonché i reati di opinione, in quanto non soddisfano il principio di materialità. Conclude la trattazione un elenco dei principali elementi della concezione montesquieuiana del giudizio penale, disseminati nelle varie partizioni dell'*Esprit* e puntualmente estrapolati da Ippolito.

6. Qual è, dunque, lo "spirito del garantismo", cui l'autore dello studio si riferisce nel titolo? È opportuno ricavare la risposta dalle stesse parole di Montesquieu: è «lo spirito della moderazione»[49] che deve ispirare il legislatore penale (e, si

[44] IPPOLITO 2016, 87.

[45] Su tale conclusione montesquieuiana convergono i maggiori esponenti dell'Illuminismo penale e lo stesso Kant, con la sola accortezza di risparmiare al condannato qualsiasi trattamento disumano nell'esecuzione della pena capitale.

[46] IPPOLITO 2016, 93.

[47] PORRET 2003, 99.

[48] IPPOLITO 2016, 97.

[49] MONTESQUIEU 1748, 2052 s.

aggiunga, il giudice) degli Stati moderati. In proposito non sfugge a Ippolito il paradosso, evidenziato al termine dell'Epilogo, per cui «la filosofia giuridica di un ideologo della moderazione influenzò l'opera legislativa degli artefici della rivoluzione»[50]. Eppure, dopo aver ripercorso insieme all'autore l'intero arco del dibattito settecentesco sul diritto penale, resta ancora da chiedersi se basterà tale moderazione, rafforzata dai principi legislativi e dalle ben note tecniche di limitazione del potere, a impedire o quantomeno *ridurre*, da un lato, l'arbitrio consapevole da parte dell'autorità e, dall'altro, il fatale errore giudiziario; se il garantismo sarà applicato strumentalmente solo a vantaggio dei soggetti forti, come accaduto nella nostra storia repubblicana con la c.d. «legalità a doppio binario»[51], oppure se – come il presente studio auspica e fa sperare – si eleverà nel dibattito a urgenza paritaria e, al tempo stesso, unica risorsa del soggetto debole che è tratto a processo.

[50] IPPOLITO 2016, 108. È questo uno degli effetti dell'eterogenesi dei fini, che, unita a una certa ambiguità dell'*Esprit*, ha fatto sì che l'opera si prestasse ai più svariati usi ideologici, come rilevato criticamente da TARELLO 1975, 205.

[51] In riferimento alle scelte legislative e di pubblica sicurezza dell'ultimo periodo della XIII legislatura e dell'intera XIV legislatura, Giuliano Pisapia ha parlato di «Una legalità a doppio binario, caratterizzata da una maggiore repressione dei più deboli e da uno strumentale pseudo-garantismo per i più forti»: PISAPIA 2003, 28.

Riferimenti bibliografici

AUDEGEAN P. 2014. *Cesare Beccaria, filosofo europeo*, Roma, Carocci, 2014.

BARBERIS M., CARCATERRA G., IPPOLITO D., PUNZI A., RICCIARDI M., TREGGIARI F., TUZET G., VELLUZZI V. 2014. *«Un pacifico amatore della verità». 250 anni dopo* Dei delitti e delle pene *di Cesare Beccaria*, fasc. monografico della «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», V, 4, 2014.

BELLINI F. 2015. *«Alcuni avanzi di leggi...»: divagazioni su Beccaria e dintorni*, Assago: Wolters Kluwer, Padova, CEDAM, 2015.

BOBBIO N. 1984. *Governo degli uomini o governo delle leggi?*, in ID., *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 2012, 169 ss.

CHIODI G., GARLATI L. (eds.) 2015. *Dialogando con Beccaria: le stagioni del processo penale italiano*, Torino, Giappichelli, 2015.

CURTI S. (ed.) 2015. *Rileggere* Dei delitti e delle pene *di Cesare Beccaria*, Padova, CEDAM, 2015.

DELIA L. 2015. *Le problème du suicide chez Montesquieu*, in «Montesquieu.it», 7, 2015, 1 ss. Disponibile in: https://montesquieu.unibo.it/article/view/5858 (consultato il 9 aprile 2017).

FERRAJOLI L. 1989. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, prefazione di N. Bobbio, Roma-Bari, Laterza, 2011.

FERRAJOLI L. 2007. *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 3 voll., 2013.

FERRAJOLI L. 2013a. *La democrazia attraverso i diritti: il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Roma-Bari, Laterza, 2013.

FERRAJOLI L. 2013b, *Illuminismo e garantismo: riflessioni a partire da alcuni studi recenti*, in «Filosofia politica», 3, 2013, 537 ss.

FERRAJOLI L. 2014. *Il paradigma garantista: filosofia e critica del diritto penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014.

FRANCIONI G. 1984. *C. Beccaria:* dei delitti e delle pene, in FIRPO L., FRANCIONI G. (eds.), *Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria*, vol. 16, Mediobanca, Milano, 1984.

GAZZOLO T. 2014. *La scrittura della legge. Saggio su Montesquieu*, Napoli, Jovene Editore, 2014.

GIANFORMAGGIO L. (ed.) 1993. *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli, 1993.

GOLDONI M. 2005. *Dal potere "separato" a quello "distribuito": Charles Eisenmann lettore dell'*Esprit des lois, in FELICE D. (ed.), *Montesquieu e i suoi interpreti*, Pisa, ETS, vol. II, 2005, 759 ss.

IPPOLITO D. 2007. *El garantismo penal de un ilustrado italiano: Mario Pagano y la lección de Beccaria*, in «Doxa», 30, 2007, 525 ss.

IPPOLITO D. 2008. *Garantismo: un accostamento all'opera di Luigi Ferrajoli*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2008.

IPPOLITO D. 2010. *Itinerarios del garantismo*, in «Jueces Para La Democracia», 69, 2010, 6 ss.

IPPOLITO D. 2011. *Garantismo e libertà*, Torino, Giappichelli, 2011.

IPPOLITO D. (ed.) 2014a. *La libertà attraverso il diritto: Illuminismo giuridico e questione penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014.

IPPOLITO D. 2014b. *Presentazione* in FERRAJOLI L., *Il paradigma garantista: filosofia e critica del diritto penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, XIII ss.

IPPOLITO D. 2014c. *Contratto sociale e pena capitale. Beccaria vs. Rousseau*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», V, 4, 2014, 589 ss.

IPPOLITO D. 2014d. *Filosofia e diritto penale in Cesare Beccaria. Intervista a Philippe Audegean*, in «Notizie di Politeia», 2014, 53 ss.

IPPOLITO D. 2016. *Lo spirito del garantismo*, Roma, Donzelli, 2016.

MONTESQUIEU C.-L. DE S. 1721. *Lettres persanes* in ID., *Tutte le opere (1721-1754)*, ed. D. Felice, Milano, Bompiani, 2014, 3 ss.

MONTESQUIEU C.-L. DE S. 1748. *De l'esprit des lois*, in ID., *Tutte le opere (1721-1754)*, ed. D. Felice, Milano, Bompiani, 2014, 883 ss.

MONTESQUIEU C.-L. DE S. 2014. *Tutte le opere (1721-1754)*, ed. D. Felice, Milano, Bompiani, 2014.

MUYART DE VOUGLANS P.-F. 1785. *Lettre sur le système de l'auteur de l'*Esprit des lois *touchant la Modération des Peines*, in «Revue Montesquieu», 1, 1997, 77 ss.

PICOTTI L. 2015. *Alle radici del diritto penale moderno: l'illuminismo giuridico di Cesare Beccaria di fronte al potere di punire*, Napoli, Edizioni Scientifiche, 2015.

PISANI M. 2015. *Cesare Beccaria: studi*, Milano, Giuffrè, 2015.

PISANI M., PADOVANI T., ZAGREBELSKY V., ARROYO ZAPATERO L., GARCIA RAMIREZ S., FENG H., DE FARIA COSTA J.F., MANACORDA S., DI RENZO VILLATA M.G. 2015. Dei delitti e delle pene *a 250 anni dalla pubblicazione: la lezione di Cesare Beccaria*, Milano, Giuffrè, 2015.

PISAPIA G. 2003. *Giustizia e politica: un difficile equilibrio tra poteri*, in BURGIO A. (ed.), *La forza e il diritto: sul conflitto tra politica e giustizia*, Roma, DeriveApprodi, 2003, 17 ss.

PORRET M. 2003. *Beccaria: il diritto di punire*, il Mulino, Bologna, 2013 (ed. or. *Beccaria: le droit de punir*, Paris, Editions Michalon, 2003, trad. it. di M. Ferri ed E. Salvi).

SLONGO P. 2015. *Il movimento delle leggi: l'ordine dei costumi in Montesquieu*, Milano, Franco Angeli, 2015.

STRAUSS L. 1952. *Scrittura e persecuzione*, Venezia, Marsilio, 1990 (ed. or. *Persecution and the Art of Writing*, Glencoe, Ill., The Free Press, 1952, tr. it. di G. Ferrara e F. Profili).

TARELLO G. 1975. *Montesquieu criminalista*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», V, 1975, 201 ss.

VOLTAIRE 1768. *A. B. C.*, in ID., *Scritti politici*, ed. R. Fubini, Torino, UTET, 1964, 841 ss.

VOLTAIRE 2011. *Commentario sullo* Spirito delle leggi, ed. D. Felice, Pisa, ETS, 2011.

VOLTAIRE 1994. *Commentario sul libro* Dei delitti e delle pene, ed. G. Francioni, Como-Pavia, Ibis, 1994.

indice

MONOGRAFIA / 1
Disordine delle fonti del diritto (inter)nazionale
e tutela dei diritti fondamentali

a cura di Tecla Mazzarese

TECLA MAZZARESE
Disordine delle fonti del diritto (inter)nazionale e tutela dei diritti fondamentali.
Un'introduzione 7-12

BALDASSARE PASTORE
Sul disordine delle fonti del diritto (inter)nazionale 13-30

PAOLA PAROLARI
Tutela giudiziale dei diritti fondamentali nel contesto europeo:
il "dialogo" tra le corti nel disordine delle fonti 31-58

ANDRÉS ROSSETTI
La Corte interamericana y el sistema regional de protección de los derechos humanos.
Surgimiento, importancia y perspectivas en el mundo globalizado actual 59-83

GIULIO ITZCOVICH
Disordinamento giuridico. Crisi finanziaria e sviluppi costituzionali
dell'unione economica e monetaria europea 87-107

TECLA MAZZARESE
Le sfide del costituzionalismo (inter)nazionale e il disordine delle fonti del diritto 109-137

MONOGRAFIA / 2
Institutions, Semiogenesis, Transindividual

a cura di Francesco La Mantia e Giorgio Maniaci

FRANCESCO LA MANTIA e GIORGIO MANIACI
Institutions, Symbolic Networks and the Transindividual. Crossing Perspectives.
An Introduction 141-145

ANTONINO BONDÌ
Linguistic Praxis as Institution and Individuation between Semiotic Imagination,
Normative Schemes and Styles 147-165

JEFF KLOOGER
In Which We Find Ourselves: The Otherness of Self and the Truth of Heteronomy 167-192

STUDI

MONICA DE ANGELIS
Alcune questioni giuridiche sulla regolamentazione del progresso tecnologico in sanità.....195-225

CLAUDIO LUZZATI
Chi parla con chi? Negazionismo e libertà di parola.....227-249

LEONARDO MARCHETTONI
Norma, obbligo e sanzione. Una rilettura di alcune nozioni giuridiche
a partire dalla pragmatica di Robert Brandom 251-274

PEDRO MONIZ LOPES
Implicazioni derivanti dalla genericità sulla (in)coerenza
e (in)completezza dei sistemi giuridici 275-327

ANDREA PORCIELLO
L'idea di diritto implicito: un ipotetico dibattito tra Lon L. Fuller e Robert Alexy 329-349

ALJS VIGNUDELLI
"Quant'è bella correttezza, che si fugge tuttavia..." Parte seconda. Dinamica giuridica 351-429

RECENSIONI E DISCUSSIONI

ALESSANDRO DI ROSA
Contributi di Gregorio Peces-Barba Martínez in campo di etica e diritti 433-440

GABRIELE MAESTRI
Diritti in (lungo) cammino. Le strade del giusfemminismo 441-455

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG
Sulla multidimensionalità del costituzionalismo.
A proposito di un libro di Vincenzo Omaggio 457-466

LUCA VESPIGNANI
Lo "strano" mondo di Mr. Rule of Law. Le varie facce del *rule of law* nelle trasformazioni
dello Stato contemporaneo 467-480

MATTEO ZATTONI
Montesquieu e il dibattito giusfilosofico sul diritto penale 481-494

Realizzato da rospeinfrantumi
per conto di Diritto & Questioni pubbliche (PA)
nel giugno 2017