

DICEMBRE 2020

& d
& q

photo Bruce Lee (by usplash)

XX. 2020/2

diritto & questioni pubbliche

EARTH
JURISPRUDENCE:
NEW PATHS
AHEAD

XX. 2020/2

COMITATO EDITORIALE

Direzione

Giorgio Maniaci (Università di Palermo), Giorgio Pino (Università di Roma Tre), Aldo Schiavello (Università di Palermo)

Redazione

Marco Brigaglia (coordinamento), Maria Giulia Bernardini, Giulia Borgna, Gaetano Carlizzi, Francesca Ciulla, Arianna Colonna, Miguel Fernández Núñez, Maria Ferrara, Dario Ippolito, Fabrizio Mastromartino, Paola Parolari, Giuseppe Rocché, Giulia Sajeva, Matija Žgur

COMITATO SCIENTIFICO

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

© 2020, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo

www.dirittoequestionipubbliche.it

ISSN 1825-0173

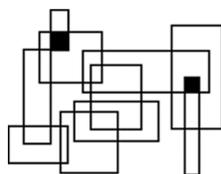
Double-Blind Peer Review

Banche dati: Scopus, Heinonline, Elsevier

Progetto grafico e impaginazione rospeinfrantumi

Tutti i diritti riservati

EARTH JURISPRUDENCE: NEW PATHS AHEAD



Diritto & Questioni Pubbliche
XX 2020/2 (dicembre)

MONOGRAFICA

Earth Jurisprudence:
new paths ahead

a cura di GIULIA SAJEVA

Earth Jurisprudence: new paths ahead

GIULIA SAJEVA

«E in questa pianura, fin dove si perde, crescevano gli alberi e tutto era verde.
Cadeva la pioggia, segnavano i soli, il ritmo dell'uomo e delle stagioni.
Il bimbo ristette, lo sguardo era triste, e gli occhi guardavano cose mai viste
e poi disse al vecchio con voce sognante: "Mi piacciono le fiabe, raccontane altre!"»
Il Vecchio e il bambino, Francesco Guccini, 1972

On the 10th of December 2018, for the 70th anniversary of the UN Universal Declaration on Human Rights, the *Earth Trusteeship Initiative* – a civil society organization led by Klaus Bosselmann, the chair of the IUCN World Commission on Environmental Law Ethics Specialist Groups – launched *The Hague Principles for a Universal Declaration on Responsibilities for Human Rights and Earth Trusteeship*¹. The following list of principles are one of the many examples of the development and endorsement of a new way of conceiving the human-environment relationship and how it intertwines with the evolution of law:

- 1.1. All human beings, individually and collectively, share responsibility to protect Nature, of which we are an integral part, the integrity of Earth's ecological systems and Earth as a whole, home of all living beings.
- 1.2. Each state individually, and the international community of states collectively, acknowledge that they have, and share, responsibilities for Nature, in cooperation and in alliance with their citizens as equal trustees of Earth and the integrity of Earth's ecological systems.
- 2.1. Human rights are grounded in our membership within the community of life, the Earth community, which qualifies what rights we are called on to honor and what responsibilities we have for each other and for Nature.
- 2.2. Responsibilities for Nature, the Earth community and rights of Nature are grounded in the intrinsic values of nature and of all living beings.
- 3.1. All human beings are responsible for the protection of human rights and for affirming human rights in their ways of thinking and acting.
- 3.2. Each state has a prime responsibility for the protection of human rights as a trustee of its citizens and all human beings.

The Declaration recognizes the impressive advancements made by human rights law but underlines the paramount importance to complement human rights with a further recognition: the recognition of the rights of nature. What is evident from reading these concise but powerful provisions is the appreciation of the intrinsic value of nature, as the ethical cornerstone for the construction of a new law and ethic of individual and collective responsibility towards nature.

These principles and ethical foundations find a common background and elaboration in the theories of Earth Jurisprudence, a theory of law first proposed by Thomas Berry² and later developed by Cormac Cullinan and many other scholars «based on the idea that humans are only one part of a wider community of beings and that the welfare of each member of that

* This project has received funding from the European Union's Horizon 2020 research and innovation programme under the Marie Skłodowska-Curie grant agreement No 841546.

¹ See www.earthtrusteeship.world (accessed December 2020).

² BERRY 1999; 2006.

community is dependent on the welfare of the Earth as a whole»³. From the realization of such interdependence, the recognition of rights to natural entities appears as a possible first step towards the realization of legal and governance systems more appropriate than present ones to preserve human and non-human life on Earth. In order to promote their realization, Berry elaborates a set of *principles for jurisprudence revision*⁴. These principles claim for the recognition of the fact that the rights of both humans and the natural world originate from the universe itself, and that each holds species-specific and mutually limiting rights.

This monographical section of the journal *Diritto & questioni pubbliche* – hosting contributions by Rodrigo Míguez Núñez, Livio Perra, Sofia Ciuffoletti, Matija Žgur, Giada Giacomini, and myself – aims at introducing the theory of Earth Jurisprudence as «one of the new kids on the block as far as rights theories are concerned» (ŽGUR 2020). «It is a holistic philosophical undertaking that argues for a radically new ethic and a transformation of our political institutions, public policies, legal regulation, as well as collective and individual practices» (ŽGUR 2020). It proposes a return to natural law theories grounded on the recognition of human rights as well the rights of non-human natural entities (SAJEVA 2020). Whether or not walking back to natural law theories is the right path ahead to justify the recognition of rights to non-human entities, this process indeed has so far concretized in international and national court decisions, laws and even constitutions. Many are in fact the states that are going through a process of *legal anthropomorphization* (PERRA 2020) and have recognized certain rights to nature or natural entities, the most famous being the 2008 Ecuadorian Constitution which enhances the common recognition of the need to protect the environment by recognizing it as a right holder. The Constitutional Preamble announces the creation of «a new form of public coexistence, in diversity and in harmony with nature, to achieve *buen vivir*, *sumak kawsay*». *Buen vivir* is proposed as the indigenous alternative to economic development⁵ based on the interdependency between humans and Pacha Mama⁶, which is recognized «the right to integral respect for its existence and for the maintenance and regeneration of its life cycles, structure, functions and evolutionary processes» (art. 71).

Many states and international organizations have followed in Ecuador's footsteps. In 2009 the United Nations proclaimed the 22nd of April as the *International Mother Earth Day* and, in that same year, the General Assembly launched the *Harmony with Nature Dialogues*⁷, «a network of state and non-state actors, academics and scientists who believe that climate change, biodiversity loss, desertification, and the disruption of natural cycles and ecosystems are provoked by our disregard for Nature and the integrity of life-supporting processes» (GIACOMINI 2020). This process of yearly consultation has helped to define and leverage the ideas, principles and demand for change that Earth Jurisprudence conveys.

In fact, following the path of *International Mother Earth Day*, on the 22nd of April 2010, 35.000 people joined the *World People's Conference on Climate Change and the Rights of Mother Earth*⁸, in Cochabamba, Bolivia, to discuss and approve the *Universal Declaration of the Rights of Mother Earth*. The Declaration clearly draws on Berry's principles for jurisprudence revision. It proclaims that «just as human beings have human rights, all other beings also have rights which are specific to their species or kind and appropriate for their role and function within the communities within which they exist» (art. 1.6). Interestingly, and showing the existence of a common movement that engages civil society, international organizations, and states, the report of the last dialogue of *Harmony with Nature* called member states to «engage in a formal dialogue

³ CULLINAN 2011, 13.

⁴ BERRY 2006, 149.

⁵ BALDIN 2014, 29.

⁶ BENALCÁZAR ALARCÓN 2009, 325 f.

⁷ See www.harmonywithnatureun.org (accessed December 2020).

⁸ Available at <https://pwccc.wordpress.com/programa/> (accessed December 2020).

among academics, non-governmental organizations and civil society organizations regarding the drafting of a universal declaration of the rights of Mother Earth reflecting the growing worldwide commitment and calls to protecting Earth and future generations of all species»⁹. In December of the same year, Bolivia adopted the *Ley de Derechos de la Madre Tierra*, calling for the respect and protection of the rights of Mother Earth and, in 2012, adopted the *Ley marco de la Madre Tierra y desarrollo integral para vivir bien* institutionalizing the concept of *integral development* as that form of development to be pursued in harmony with nature.

As PERRA (2020) notes, these advancements do not *come out of the blue*. They are not a «fanciful construction of lawmakers and judges»¹⁰. They are a tentative adaptation of Western instruments to incorporate nature's interest in response to the claims of indigenous peoples and local communities for the recognition of their worldviews and needs. In 2016, the Atrato river was recognized as a legal person by the Colombian Supreme Court of Justice and the indigenous peoples and local communities living in the region were nominated to be its guardians¹¹ (PERRA 2020). In 2017, on the other side of the Pacific Ocean, New Zealand adopted the *Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act* that granted legal personhood to the Whanganui River and elected the Maori iwi (communities) living along the river as its guardians¹². In 2019, the Constitutional Court of Guatemala, acknowledging the spiritual and cultural relationship between indigenous peoples and water, recognized the water itself as a living entity¹³.

MÍGUEZ NÚÑEZ shows the historical and theoretical background of the never-ending evolution of nature and natural entities from objects to legal subjects granted with rights. As he explains, «to extend or reduce the cluster of rights holders, or the very definition of person, is not a neutral enterprise. Changes in the recognition of subjectivity are determined by which are the values that a legal system strives to protect»¹⁴. In Ecuador, Bolivia, Colombia, India, New Zealand, and Guatemala they are the product of the encounter of indigenous cultures and the law of the states where they reside (PERRA 2020). In other cases, they are the evolution of a scientific understanding of the need to change the relationship with nature and of the evolution of Western environmental ethics (SAJEVA 2020). These elements are all present in the theory of Earth Jurisprudence which proposes a rediscovery of indigenous peoples' worldviews, draws on advancements in ecology, and builds on ecocentric ethic theories.

However, changes in «who can bring legal actions in front of a judge to turn their private troubles into public matters» (CIUFFOLETTI 2020) come with repercussions for the subjects and for the way rights themselves are conceived. The recognition, or denial, of subjectivity as capacity to hold rights is, in fact, very often the result of political decisions aimed at including or excluding not simply animals, plants and rivers, but even human beings (MÍGUEZ NÚÑEZ 2020). These political decisions may go in one direction or another, depending on social and ethical grounds. It is still an on-going process whose complexity does not allow us to know how it will end.

Moreover, the political and moral issues behind the *adventures of the subject*¹⁵ are accompanied by technical and legal challenges. As ŽGUR (2020) explains, especially when it concerns non-sentient animals and non-animal natural entities, the issues that arise from the application of some of the *revisions* of Earth Jurisprudence are still copious. Is the idea of nature's rights

⁹ *Harmony with nature*, report of the Secretary-General, General Assembly, A/74/236, available at <https://undocs.org/en/A/74/236> (accessed December 2020).

¹⁰ My translation.

¹¹ Court opinion T-622, see CASTILLO GALVIS et al. 2019

¹² In the same year, recognition of legal personhood arrived also for the Ganga and Yamuna Rivers and all their tributaries in India, through words of the High Court of Uttarakhand at Nainital, and the year after to the Colombian Amazon river thanks to a decision of the Colombian Supreme Court.

¹³ For the Court decision see <http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload058.pdf> (accessed December 2020).

¹⁴ My translation.

¹⁵ MÍGUEZ NÚÑEZ 2018.

compatible with either the choice theory or the interest theory of rights? Or do they have to bend their concepts and assumptions to the extent of risking to lose their *point*?

Regardless of whether recognizing nature's rights is the best way to proceed or not, as CIUFFOLETTI (2020) notes, «a gap has opened up between written law and effective protection [...so] the role of domestic, international and supranational courts [...] appears, therefore, essential to fill the gap of effectiveness and implementation of rights». If systems of remedies are lacking, legal entitlements – on whom or whatever behalf – are meaningless because their rights, rather than being «practical and effective» simply remain «theoretical and illusory» (CIUFFOLETTI 2020). In her article, CIUFFOLETTI (2020) looks at how the issue of *locus standi* is faced and managed by national and transnational courts and how it reflects on the «challenges and potentialities of the green litigation from the perspective of the effectiveness of rights and remedies». Loosening the rigidity of *locus standi* may in fact be a practical necessity *vis à vis* the need to upturn the protection of nature and natural entities, as it is sometimes a necessity also to give protection to the most marginalized sectors of society (where victims may be in a condition of impossibility to claim for the protection of their fundamental rights).

So yes, indeed, «it's all about us, silly» (ŽGUR 2020). The subjectivation of nature is, as MÍGUEZ NÚÑEZ (2020) rightly says, one more route towards anthropomorphizing nature. The Anthropocene beings and ends with human beings, and any invention, decision, and change will inevitably host at least a hint of anthropocentrism. But maybe, as we cannot escape being ourselves, we shall embrace and take out the most out of human attempts to deviate the course of things and try to enter – as Berry hoped – the Ecocene. The theory of Earth Jurisprudence delineates a possible path ahead, drawing our attention on some of the promising initiatives that can be undertaken. We can learn from it, adapt it to the differences of the world and of human culture and law and do our best to make the Anthropocene a better epoch to live in, as humans.

«Someone's got to stop us now, save us from us, Gaia, no one's gonna stop us now.
We thought we ought to walk awhile,
So we left...»
Gaia, James Taylor, 1997

References

- BALDIN S. 2014. *I diritti della natura nelle costituzioni di Ecuador e Bolivia*, in «Visioni Latino-Americane», 10, 2014, 29 ff.
- BERRY T. 1999. *The Great Work*, Bell Tower.
- BERRY T. 2006. *Evening Thoughts: Reflecting on Earth as Sacred Community*, in TUCKER M.E. (ed.), Sierra Club Books.
- BENALCÁZAR ALARCÓN P. 2009. *Il buen vivir – sumak kawsay – La costruzione di un paradigma per una diversa umanità (Ecuador)*, in Martufi R., Vasapollo L. (eds.), *Futuro Indigeno. Il Futuro Delle Americhe*, Jaca Book, 325 ff.
- CASTILLO GALVIS S.H., D’JANON DONADO M.L. AND RAMÍREZ NÁRDIZ A. 2019. *El control de convencionalidad y el diálogo judicial frente al medio ambiente como sujeto de protección y reparación*, in «Revista Mexicana de Derecho Constitucionales», 41, 2019, 397 ff.
- CIUFFOLETTI S. 2020. *Have trees got standing? A brief account of locus standi doctrines and case law in the environmental litigation on the basis of the principle of effectiveness of rights*, in «Diritto & questioni pubbliche», 2, 2020, 71 ff.
- CULLINAN C. 2002. *Wild Law*, Siber Ink.
- GIACOMINI G. 2020. *The Interactive Dialogues of UN Harmony with Nature: for a paradigmatic shift to Earth-centred governance*, in «Diritto & questioni pubbliche», 2, 2020, 103 ff.
- MÍGUEZ NÚÑEZ R. 2018. *Le avventure del soggetto. Contributo teorico-comparativo sulle nuove forme di soggettività giuridica*, Mimesis.
- MÍGUEZ NÚÑEZ R. 2020. *Soggettività giuridica e natura. Spunti per una riflessione civilistica*, in «Diritto & questioni pubbliche», 2, 2020, 29 ff.
- PERRA L. 2020. *L’antropomorfizzazione giuridica*, in «Diritto & questioni pubbliche», 2, 2020, 47 ff.
- SAJEVA G. 2020. *Do we Need Earth Jurisprudence? Looking for Change in New Old Friends*, in «Diritto & questioni pubbliche», 2, 2020, 11 ff.
- ŽGUR M. 2020. *All the Earth’s legal children. Some sceptical comments about Nature’s legal personhood*, in «Diritto & questioni pubbliche», 2, 2020, 87 ff.

DO WE NEED EARTH JURISPRUDENCE? LOOKING FOR CHANGE IN NEW OLD FRIENDS

GIULIA SAJEVA



Do we Need Earth Jurisprudence? Looking for Change in New Old Friends

GIULIA SAJEVA

Marie Skłodowska-Curie Fellow, Strathclyde Centre for Environmental Law and Governance,
University of Strathclyde.

E-mail: giulia.sajeva@strath.ac.uk

ABSTRACT

The article introduces the reader to the theory of Earth Jurisprudence through an analysis of the writings of Thomas Berry, Cormac Cullinan and Peter Burdon. After looking at the main revisions that the scholars of Earth Jurisprudence propose to the theory of law, the article recognizes the fact that they all move in the direction of natural law theories and questions the opportunity to take this path in order to change the relationship between human law and the environment.

KEYWORDS

Earth Jurisprudence, Great Jurisprudence, Wild Law, Earth community, natural law theories, natural law

Do we Need Earth Jurisprudence? Looking for Change in New Old Friends

GIULIA SAJEVA

1. *Introduction* – 2. *Ethical foundations* – 3. *A theory of law* – 4. *Just, another, natural law theory?*

«That you don't know what you've got 'till it's gone.
They paved paradise
and put up a parking lot»
Joni Mitchell, *Big Yellow Taxi*, 1970

«[...] the intricate and glorious diversity of relationships that
previously existed between people and with their environ-
ments is rapidly disappearing under the sterile, global uni-
formity of parking-lot culture»
Cormac Cullinan, *Wild Law*, 2002

1. *Introduction*

Comments concerning the current state of the Earth surround us every single day, picturing the ever-worsening illness of the Planet. An illness affecting us all and beyond – animals, plants, abiotic components of the Earth, future generations – and finding its root causes in the actions of humankind, to the point we might have entered the so called “human-epoch”: the Anthropocene¹.

In order to cure the illness of the Planet, human actions need to change to become able to access and use natural resources in non-detrimental and respectful ways. As one of the instruments that guide human behavior, the law could be designated as one of the tools through which such illness is cured. Environmental law, international environmental law and associated fields not only build on the assumption that it is a possible and potentially successful enterprise, but also that they may lead it. The *corpus* of multilateral environmental agreements is wide and deep, with more than 500 documents adopted so far² that cover many different aspects of the relationship between humankind and nature. However, significant gaps remain. These gaps include the fact that international environmental law is composed of many separate, essentially fragmented regimes, often lacking coordination even when addressing strongly interconnected issues³. Moreover, the need to find compromises when adopting new international conventions, or deci-

* This project has received funding from the European Union's Horizon 2020 research and innovation programme under the Marie Skłodowska-Curie grant agreement No 841546.

¹ In 2019, the *Anthropocene Working Group* of the *Subcommission on Quaternary Stratigraphy* agreed that it is correct to regard the Anthropocene as a self-standing geological epoch, describing it as «the present geological time interval, in which many conditions and processes on Earth are profoundly altered by human impact» (available online at <http://quaternary.stratigraphy.org/working-groups/anthropocene/> (accessed July 2020)).

² UN General Assembly, 2018, *Gaps in International Environmental Law and Environment-related Instruments: Towards a Global Pact for the Environment*, A/73/419.

³ Each document is the result of different negotiations among different actors, undertaken in different historical moments, and that carry the burden of different environmental discoveries, crisis and national needs and interests. The principles of customary environmental law (SANDS et al. 2012) may have an important and in some cases efficacious role in harmonizing and filling these gaps, as well as to keep the law up to date, however it has proven not to be enough (UN General Assembly, 2018, *Gaps in International Environmental Law*, cit.). For example, the legal instruments for the protection of biological diversity do not include provisions concerning the conservation of forests, pollution of marine areas by microplastic, and the protection of soil.

sions of the Conference of the Parties of a Convention, invariably leads to the creation of documents that all too often lack necessary details, rigorous targets and clear obligations⁴. This issue is also reflected in the fact that local stakeholders' needs, values, priorities – that incorporate those of indigenous peoples and local communities, women and youth organizations, citizens, trade unions and the like – are still very often kept out of the negotiating rooms, thus, reducing the applicability of legal instruments to local realities and losing the opportunity to work together and profit from their support, knowledge and actions.

More basic and all-encompassing critiques have been moved towards national and international environmental law. Philippopoulos-Mihalopoulos describes it as an unadventurous discipline whose nature-management approach has been unable to create new relationships with either humankind or other legal disciplines⁵. Focusing too narrowly on “managing” ecosystems, environmental law has not sufficiently intertwined with fields that are inextricably related, such as ecology, development studies and sociology. On the contrary, as it actually touches upon every significant aspect of life, a «*radical reconfiguration of environmental law*» is needed, «one that will no longer rely on the old semantics of environment as a resource of the human at the centre»⁶ and able to overcome its «*idiosyncratic features*» that make it fluctuate from law to non-law – science, sociology, politics, and the like – and from a luxury issue to be dealt with after «*survival, development, economic viability*», to a life or death matter *vis à vis* climate change, toxic wastes and desertification⁷.

Many proposals taken forward in the last few years seek to modify international environmental law to make it more *fit* to face the challenges of the Anthropocene. Proposals, to name a few, range from a *Global Pact on the Environment*⁸ – a binding multilateral convention grouping all principles of international environmental law in one document –; the elaboration of a *Declaration on Human Rights and Climate Change* proposed by the members of Global Network for the Study of Human Rights and the Environment⁹; the recognition of a *Global Environmental Right* to bind corporations, States, communities and individuals to avoid any action that may hinder the environment¹⁰; and the creation of a World Environment Organization¹¹.

There are, yet other proposals whose attempts to break with the past are somewhat more radical and groundbreaking and that address the law both as a cause and as a potential cure of the Anthropocene. Among these proposals, those that can be identified under the term *Earth Jurisprudence* are increasingly known in legal, philosophical and political discourses. Earth Jurisprudence is a theory of law that builds on the works of many diverse scholars, including the environmental philosopher Aldo Leopold, the scientist James Lovelock, the cultural historian, priest and expert of world religions Thomas Berry, and the lawyer Cormac Cullinan, as well as the cosmologies of many indigenous peoples around the world¹². The proponents of Earth Jurispru-

⁴ Moreover, international legal instruments, even if binding, rely on States to adopt national laws to give implementations to their provisions, must ensure that Courts control their implementation, and be taken into consideration when developing national policies. Furthermore, implementation is lagging behind because of the lack of coordination with other sectors and their international agreements and organizations – as it is the case with trade agreements, intellectual property rights, and human rights law and Courts, and sustainable development.

⁵ See PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS 2011, 1 f.

⁶ PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS 2011, 25.

⁷ PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS 2011, 24.

⁸ See *Global pact for the environment*, preliminary draft, 24 June 2017, available at <https://perma.cc/L4PM-PTV2> (accessed November 2020); Le club des juristes, *White Paper: Global Pact for the Environment* (2017). The Pact was brought to the UN General Assembly that adopted resolution 72/277, entitled *Towards a Global Pact for the Environment*. See also TIGRE, LICHET 2020.

⁹ DAVIES et al. 2017.

¹⁰ TURNER 2014.

¹¹ BIERMANN 2001; ESTY 1994.

¹² CULLINAN 2011, 22.

dence take as a point of departure the belief that the current Western governance systems and approaches to law are among those most accountable for the environmental crises the Anthropocene represents – as an epoch and as a rhetorical tool – because «they are designed to perpetuate human domination of Nature»¹³. They propose a paradigm shift in the ways in which humans perceive themselves, the purpose of their legal and governance systems and their very idea of law. Such a shift is meant to lead to an entire rethinking of law and governance to turn them into tools to, eventually, benefit the Earth and its community¹⁴.

2. Ethical foundations

In order to grasp the progressive proposals of Earth Jurisprudence, it is first necessary to look at the relatively new field of environmental ethic. It provides the fertile ground on which the juridical changes Earth Jurisprudence proposes are engrained and the point of departure for deeper cultural and social transformations.

Earth Jurisprudence is firmly grounded on the stream of non-anthropocentric environmental ethics¹⁵, particularly ecocentric. The common division between anthropocentric and non-anthropocentric ethics corresponds to the sharp opposition between the recognition of instrumental or non-instrumental value to nature. According to anthropocentric environmental ethics, the environment only has value insofar as it is relevant for the fulfilment of human needs, interests, and desires¹⁶. On the contrary, non-anthropocentric positions assume that non-human life has a value in itself, regardless of whether it has a utility for humankind or not. The environmental challenges of the last century have inspired many philosophers to elaborate different non-anthropocentric theories, extending moral considerations to different non-human entities: at times to animals retaining certain characteristics, at other times to all living things or entire species, or to non-living natural entities, including the Earth as a whole.

Among these, Aldo Leopold is one of the principal proponents of ecocentric ethics regarding the entire Earth and its ecosystems as an all-encompassing ecological community possessing self-standing value and a certain degree of life in itself¹⁷. Ecological communities comprehend living and non-living entities – «soils, waters, plants, and animals, or collectively: the land»¹⁸ – as part of an interconnected whole and are at the center of moral concern. In his essay *The Land Ethic*, Leopold extends the borders of moral consideration to all animals, plants, soil, water, and air. Humans do not have a privileged position: they are members of the Earth's community, just like all other natural elements. From this *description*, Leopold formulates his *land ethic* according to which «a thing is right when it tends to preserve the integrity, stability and beauty of the biotic community»¹⁹. «[T]he role of *Homo sapiens* [changes] from conqueror of the land-community to plain member and citizen of it. [Land ethic] implies respect for his fellow-members,

¹³ CULLINAN 2011, 13.

¹⁴ CULLINAN 2002, 23.

¹⁵ Western environmental ethics can be described as being divided into two main streams, both striving to answer the same question: how do we understand what ought to be recognized value and why? Anthropocentric and non-anthropocentric ethics provide different answers to whether the environment or some of its elements have non-instrumental value.

¹⁶ Anthropocentric environmental ethics build on the understanding of the duty to respect other human beings and, by extending the needs of human beings to those concerning the environment, they include duties to conserve it. Such duties, however, are not towards the environment, they simply regard the environment. They are duties towards humankind and are “a matter of prudence” (DESJARDINS 2013, 98).

¹⁷ LEOPOLD 1949.

¹⁸ LEOPOLD 1949, 239.

¹⁹ LEOPOLD 1949, 262.

and also respect for the community as such»²⁰. Land ethic relies on ecology to frame moral principles²¹, to the point that Leopold is often accused of falling for the naturalistic fallacy, i.e. of deriving normative conclusions on the human-nature relationship from descriptive considerations about how nature actually is. He argues that since all living and non-living entities are members of the same land community, and since the stability of the latter depends on its integrity, «they are all entitled to continuance»²². Leopold hopes to overcome the naturalistic fallacy through the study and understanding of ecology by humankind. A study that should, according to him, lead to an internal change in human «intellectual emphasis, loyalties, affections, and convictions»²³ so that humans come to love and admire the Earth, without any need to justify the recognition of its intrinsic value. Once everybody perceives the intrinsic value of the Earth there will be no need to overcome the naturalistic fallacy, because it will become self-evident to desire and pursue the «integrity, stability and beauty of the biotic community»²⁴.

A few years later, James Lovelock went some way towards responding – though not explicitly – to Leopold’s call proposing, from the stances of ecology, the Gaia hypothesis: the Earth biosphere, atmosphere, oceans and soils compose Gaia, a complex entity – almost an organism – whose «homeostatic feedback system» functions thanks to the interaction of all living and non-living matters. Gaia self-regulates itself to maintain the conditions (acidity of the oceans, levels of oxygen and carbon dioxide in the air, temperature, etc.) necessary for life to continue. As if it were «the largest living creature on Earth»²⁵, Gaia acts as an *almost* intelligent being that maintains the optimal physical and chemical conditions for life to continue²⁶. Lovelock recognizes that Gaia’s destiny is precariously placed due to the growing number of humans and of their crops and livestock that now occupy a substantial portion of its total biomass²⁷ and calls for a shift of consciousness of human actions.

In the same vein, indigenous peoples’ environmental worldviews can – in very sketched terms – be described as ecocentric²⁸, being based on the idea of interconnection between human, animal, floral and abiotic elements of ecosystems, where humankind is an integral part of nature. Many are shown to share cosmocentric worldviews based on the assumption that everything in nature is interconnected and interdependent²⁹. Everything in nature is worth respect and exploitation of

²⁰ LEOPOLD 1949, 240.

²¹ DESJARDINS 2013, 152 and 163.

²² LEOPOLD 1949, 247.

²³ LEOPOLD 1949, 246.

²⁴ Alike it is for the recognition of human dignity and rights that builds on the presupposition of a norm that prescribes that *humans are owned respect or humans are holders of dignity and it shall be protected or human beings hold human rights, regardless of their justification* (see Jacques Maritain, cited by BEITZ 2009, 21, reporting a remark made during the negotiations of the UN Universal Declaration on Human Rights «we agree about the rights but on condition that no one asks us why»).

²⁵ LOVELOCK 1979, 31.

²⁶ «Each species to a greater or lesser degree modifies its environment to optimize its reproduction rate. Gaia follows from this by being the sum total of all of these individual modifications and by the fact that all species are connected ...» (LOVELOCK 1979, 120). However, Lovelock does not fully embrace the thesis according to which Gaia exists and is an intelligent being. He notes that she «is not alive as an animal, able to reproduce itself», and in the final pages he writes «If Gaia exists, then she is without doubt intelligent in this *limited* sense at the least» (138, emphasis added).

²⁷ LOVELOCK 1979, 120 and 123.

²⁸ This description of indigenous peoples is partial, and it simplifies and homogenizes complex cosmologies and worldviews of very diverse indigenous peoples. The construction of indigenous peoples as ontological conservationists needs to be treated with care to avoid falling for the ecologically noble savage myth (REDFORD 1991; EL-LINGSON 2001). The ecologically noble savage myth, as all romanticizing, is a naive illustration of indigenous peoples as intrinsically ecological that may give little help to indigenous peoples and conservation movements weakening the understanding of the nuances and dynamics of reality.

²⁹ SWIDERSKA et al. 2009

natural resources is regulated by customary laws whose enforcement is overseen by Spirits or Gods³⁰. Their ethical underpinnings often comprehend different forms of respect and *stewardship* for the Earth. The term *stewardship* – as well as *guardianship* and *custodianship* – is in fact widely used in literature concerning the relationship of indigenous peoples with the environment. This relationship, rather than being based on private property claims, commodifiable and alienable lands and goods³¹, is based on fiduciary rights, care, and responsibilities that build on a genealogy of relatedness, affiliation, and non-separateness between the human and non-human³², and according to which the Gods/spirits reside in and are part of the natural world.

As Callicott affirms, the construction of a new environmental ethic drawn from the worldviews of indigenous peoples «represents an important and essential first step in the future movement of human material cultures toward a more symbiotic relationship, however incomplete and imperfect, with the natural environment»³³. Such a different understanding of *stewardship* may also be interpreted from certain stances of the Judeo-Christian tradition, to which Berry – being a member of the Congregation of the Passion of Jesus Christ – was observably very close. According to it the world is «an expression of God’s creative purposes, and God is indwelling» in it³⁴. In this interpretation, humankind is not only the holder of special rights and privileges towards what God created, but also special responsibilities because they are given the Earth *in trust* and must, therefore, take good care of it³⁵.

Regardless of their different genealogies and rationales – ethics, ecology, indigenous worldviews, Judeo-Christian tradition – these different understandings of *stewardship* share the common ground of recognizing intrinsic value to the natural world and holding humankind responsible for *caring* for it, a vision which is at the root of Earth Jurisprudence theories. The principle of care is, in fact, the guiding principle of Earth Jurisprudence which postulates that human powers and abilities shall be turned towards the realization of the wellbeing of the Earth community as a whole³⁶.

3. A Theory of Law

Even though it strongly relies of ethical considerations, Earth Jurisprudence is a theory of law. It is the product of many years of discussions, meetings, writings and proposals, as well as on-the-ground actions and court cases for the recognition of nature’s rights, all finding a common commencement in the work of Thomas Berry³⁷ who discussed the need for a new jurisprudence according to which the whole Earth, not just humans, holds intrinsic value³⁸. Berry maintained

³⁰ The studies have also revealed that the communities are guided by the ethics of reciprocity in exchanges with nature (as much as is taken is given back); equilibrium with nature (society must be in harmony with nature); duality within nature (everything has a complementary opposite and balance must be kept) (SWIDERSKA et al. 2009; see also FOREST PEOPLE PROGRAMME 2011). Further evidence has been provided by an extensive study organized by the IUCN and other supporting organizations on *sacred natural sites* (VERSCHUUREN et al. 2010). The study provides evidence of the relevance of sacred natural sites, mostly attributed to indigenous and local communities, for biodiversity and ecosystems’ conservation. A literature review from a hundred different studies from Africa and Asia has shown that sacred meanings attributed either to nature itself or to heroes, structures or histories grounded in the territory, have led to the preservation of reservoirs of biodiversity equally rich, or richer, than close-by protected areas.

³¹ BAVIKATTE 2014, 114 and 128.

³² WHITT et al. 2001.

³³ CALLICOTT 1997, 69.

³⁴ ATTFIELD 2018, chp. 7.

³⁵ For a reconstruction of this interpretation of the Judeo-Cristian Traditions see CALLICOT 1994.

³⁶ MASON 2011, 37.

³⁷ His main publication on the topic is *The Great Work* (1999).

³⁸ TUCKER et al. 2019.

that the environmental crisis is the product of a cultural crisis³⁹ where industrialization, resource exploitation, and globalization are not counteracted by the law, but are instead presented by law itself as means to promote human wellbeing⁴⁰. Anthropocentrism, he claims, led to the creation of laws, rights and legal systems that only consider the needs, interests and will of humankind, and neither incorporate the limits, nor the needs of the Earth⁴¹. Non-human living entities and non-living ones are treated as resources⁴², and most often, as unextinguishable resources generally used to satisfy the desires of their human owners⁴³.

Berry draws heavily on Leopold's theory to develop his concept of Earth community according to which humankind is part of an interconnected, mutually supporting, community of life in which all parts – living and non-living – are holders of inherent value⁴⁴. Much like Leopold's desire to change human psychology through the study of ecology, Berry⁴⁵ develops and proposes a *new story* of the Earth and of its co-evolution with the human species as the «basic framework for education» to undertake a «deep cultural therapy»⁴⁶ to foster a paradigm shift in Western thinking, culture and actions. A paradigm shift that should lead to the abandonment the old anthropocentric telling of the story of the Earth. This telling, Berry claims, developed during the third, and current, period of human history⁴⁷. During the first, the tribal-shamanic one, the universe was incomprehensible and mysterious; in the second – the religious cultural one – human culture, theologies, and social structures evolved; and in the third – the scientific-technological one – «the magic word “progress”»⁴⁸ transformed the relationship of power between humans and the natural world.

«Our secular, rational, industrial society with its amazing scientific insight and technological skill has established the first radically anthropocentric society and has thereby broken the primary law of the universe, the law of the integrity of the universe, the law that every component member of the universe should be integral with every other member of the universe and that the primary norm of reality and of value is the universe community itself in its various forms of expression, especially as realized on the plan»⁴⁹.

Just as the environmental philosopher Hans Jonas called for the shift towards a new ethic of responsibility⁵⁰, and far before the advent of narrative of the entrance in the Anthropocene⁵¹, Berry called for a passage to an ecological – *Ecozoic*⁵² – era in which humans recognize being part of

³⁹ BURDON 2011, 152.

⁴⁰ BERRY 2006, 108.

⁴¹ BURDON 2011, 152.

⁴² MASON 2011, 36.

⁴³ BURDON 2011, 154.

⁴⁴ BERRY 1994, cited in BURDON 2015, 47 and 60.

⁴⁵ SWIMME, BERRY 1992; BERRY 1987.

⁴⁶ BERRY 2006, 22, 17.

⁴⁷ BURDON 2015, 70.

⁴⁸ BERRY 1987, 206.

⁴⁹ BERRY 1987, 205.

⁵⁰ JONAS 1979.

⁵¹ It was proposed in 2000 by the Noble laureate Paul Crutzen during a conference (ZALASIEWICZ 2017, 118). The formal proposal to use the term to describe a new geological era was then launched in CRUTZEN, STOERMER 2000.

⁵² BERRY 1981, cited in BURDON 2015, 70; BERRY 2006, 19 and 43. It is not clear whether for Berry the movement towards the Ecozoic era and out of the Cenozoic era *is happening* or *should* happen. On page 43 (2006) Berry writes that the current ecological crisis is of such a magnitude that we are terminating our presence in the Cenozoic and entering in the Ecozoic. On page 19 (BERRY 2006) instead, he writes that there exist at the moment the energy necessary to move to the Ecozoic era, but that such time and energy for action is passing – as if this passage could be lost if the right path is not undertaken.

The Cenozoic era is divided in three into three periods, the current being the Quaternary. The Quaternary is divided into epochs: the Pleistocene, the Holocene and, if validated, the Anthropocene. Berry's proposal, for as for-

a greater process of co-evolution together with the other members of the Earth community⁵³. According to Berry, through the study and understanding of ecology «the supreme subversive science»⁵⁴ humans will understand that:

«survival is possible only within the Earth system itself, in the integrity of its functioning within the genetic codings of the biosphere, the physical codings of Earth process and within the universe whose vast codings enable the universe to continue as an emergent creative reality»⁵⁵.

Berry's vision emphasizes the reciprocal need of all components of the Earth: no species nor individual nourishes by itself, without entering in relationship with other living and non-living entities⁵⁶. Each of them is a subject capable of having rights, not an object to be exploited⁵⁷. In order to accomplish a transformation compatible with this vision, Berry claims that a new «interspecies jurisprudence is needed»⁵⁸: Earth Jurisprudence⁵⁹. Current legal theory is «fundamentally human centered» and «directed toward maintaining hierarchical structures for the protection of property and economic growth»⁶⁰. The goal of Earth Jurisprudence is to understand what the real content of the law is. Its aim may be summarized as follows:

«for the vast majority of western history, our law has reflected an anthropocentric human-Earth relationship. How can law as an evolving social institution, shift to reflect the modern understanding that human beings are interconnected and dependent upon a comprehensive Earth Community?»⁶¹.

For Berry, legal theorists and jurists should take in their hands the destiny of the Earth, refuting to abide to economic interests and creating a new legal theory. Modern States, Berry notes, are hard to change because they do not recognize any authority above them – «neither in heaven nor on Earth»⁶² – and rely solely on humanmade law, principles and rights. Earth Jurisprudence, instead, aims at fostering change advocating that the source of the new law should not be solely human⁶³. Positive and orally based human law should derive from the Great Law «which represents the principle of Earth community» and should be understood by looking at the concept of ecological integrity⁶⁴. The Great Law is, in other words, to be read from Nature: «[b]y recognizing that Nature is the source of law, humanity's primary responsibility is to learn how to read her law, her language»⁶⁵. As such, humans need to re-awaken their ability to listen to nature and halt

ward-looking as it was first proposed in the '80s, is not a scientific proposal unlike Cruzen's one. The fact that he proposes a change in era, rather than epoch, demonstrates the little knowledge he had of how these time periods are elaborated and established. However, his aim was far from being related to the dating of rocks and detriments, and much more focused on the need to make an "epochal" turn in human relationship with the Earth.

⁵³ BURDON 2015, 68-73.

⁵⁴ BERRY 1987, 212.

⁵⁵ BERRY 1987, 212.

⁵⁶ BERRY 2006, 150.

⁵⁷ BERRY 2006, 149 f.

⁵⁸ BERRY 2006, 20.

⁵⁹ Berry's accounts of Earth Jurisprudence are quite broad and scattered in different writings (BURDON 2015, 79). The brief reconstruction here proposed benefits from the interpretations of Burdon and other authors. Cullinan, who extensively wrote on Earth Jurisprudence, is partially kept separate from the reconstruction of Berry's theory because he often deviated from it, developing his own theory.

⁶⁰ BURDON 2015, 5.

⁶¹ BURDON 2011, 158.

⁶² BERRY 2006, 112.

⁶³ CULLINAN 2002, 63.

⁶⁴ BURDON 2015, 79.

⁶⁵ HOSKEN 2011, 27.

their law-making and simply «become aware of it»⁶⁶. The ability of the Western world to read the law has atrophied because it lost its connection with the land, the territory, the proximity of life⁶⁷. Giving that such connection is most often broken in the Western world⁶⁸, Cullinan and Berry suggest looking at science as «the path to wisdom»⁶⁹, starting from the understanding of the principles and laws that describe the functioning of the natural world – from the force of gravity to the evolution of species⁷⁰. Knowing and understanding the law of nature is necessary to comprehend the consequences of human actions and attune them to the natural world in order to guide humans towards a mutually enhancing relationship with nature: once such «intimate communion» is rebuilt «it becomes impossible to act in ways that are actively harmful to nature»⁷¹.

According to Burdon – who draws from Cullinan – the role of such a hierarchically superior Great Law is to provide a moral justification for human law to be binding. If human law deviates from the principles of the Great Law, humankind is justified in not abiding to it. Of course, the Great Law does not cover all human activities and relationships⁷², but only those relevant for the common good of the Earth community and for the rights of each of its living and non-living components (for example environmental law, construction law, agricultural law, and laws on the extraction of natural resources). All other laws are untouched by the Great Law and left for humans to deal with.

The Great Law⁷³, whose source is in the Universe itself⁷⁴, provides ten *principles for jurisprudence revision* that require human law to recognize the rights of geological and biological components of the Earth. They are all to be treated as subjects, not objects, holders of the right to be, the right to inhabit, and the right to fulfil ones' role in the Earth community. All of these rights qualitatively differentiate one from the other: rivers have river rights, birds have bird rights, and humans have human rights⁷⁵. And, most importantly, not all human rights automatically trump the rights of other species⁷⁶. However, Berry does recognize a special role of humans, recognizing their «right of access to the natural world to provide for the physical needs of humans and the wonder needed by human intelligence, the beauty needed by human imagination, and the intimacy need by human emotions for personal fulfilment»⁷⁷.

Earth Jurisprudence suggests the need to look at the law of indigenous peoples, commonly described as not deriving from their leaders (at least not perceived as such): they do not create the law, they simply interpret it from nature, the Gods or the Sprits, and supervise its application in their communities. Their law, as the law of most communities in the past⁷⁸, is built upon their understanding of an intrinsic dependence on nature, which strives to regulate human behavior, thus, making it compatible with the requirements of nature and avoiding self-destructive attitudes and practices.

Cullinan complements Berry's theory with the ideas of Wild Law and Great Jurisprudence. In his

⁶⁶ HOSKEN 2011, 26.

⁶⁷ HOSKEN 2011, 26.

⁶⁸ MASON 2011, 41.

⁶⁹ BERRY 2006, 125.

⁷⁰ CULLINAN 2002, 69.

⁷¹ MASON 2011, 40.

⁷² BURDON 2015, 91.

⁷³ BERRY 2006, in 149 f.

⁷⁴ BERRY 1999, 161 ff.

⁷⁵ For an analysis of the normative positions contained in these rights and for a critique on the opportunity to consider as their rights holder non-sentient animals and non-animal entities, see ŽGUR 2020 in this special issue of the journal.

⁷⁶ BERRY 2006, 44. Berry brings the example of property rights not trumping nature rights (BERRY 2006). Property is, however, not unanimously recognized to be a human right meant as a fundamental interest protected by special tools.

⁷⁷ Principle 10, BERRY 2006, 150.

⁷⁸ CULLINAN 2002, 63.

hierarchical order, Great Jurisprudence lays atop, comprehending all rules and principles that govern the universe, from gravity to the rules of thermodynamics. By looking at nature through the eyes of reason and empathy⁷⁹, human comprehension of such rules means finding the most suitable ways to behave in accordance with them. For Cullinan, Great Jurisprudence is about nature and the universe, while its application to humans and their societies takes the form of Earth Jurisprudence, the second layer of his hierarchy. Earth Jurisprudence may be a system of laws, but it may equally govern the use of seeds traditionally selected by a community, or concretize in the rites of passage immersed in sacred natural sites and songs and verses that follow the rhythm of seasons. Earth Jurisprudence comprises the very diverse governance systems and cultural practices of human societies around the world that respect the rules and principles of Great Jurisprudence. In other words, the heterogeneous customs, practices, legal, cultural and religious systems that do not harm, constrain, or jeopardise ecosystems. To explain the Earth Jurisprudence concept – «a species-specific elaboration of the Great Jurisprudence»⁸⁰ – Cullinan fleshes out the difference between a seed carefully selected over centuries to produce an edible plant, and rapidly genetically engineered seeds that are fast-growing but sterile⁸¹. While the first is a human enterprise that modifies the Earth community abiding to the principles of Great Jurisprudence, the second is an alteration that does not respect the «constraints of a particular social and ecological system»⁸² and privileges short term economic gains.

A society that organizes itself around the principles of Earth Jurisprudence may also, according to Cullinan, develop an appropriate Wild Law, i.e. a non-anthropocentric and Earth-centered human law that not only provides for the interests of humans – and their institutions, groups, organizations, enterprises – but also and foremost for the Earth as a whole⁸³. Wild Law promotes a form of governance able to express Earth Jurisprudence, whose content is such that it fosters human relationships with nature and protects the freedom of nature and of the whole Earth community to self-regulate and continue playing their role in the evolution of the Planet⁸⁴. Last but not least in the hierarchy, Earth governance is «government of the people, by the people, that is *for the Earth*»⁸⁵. It is best realized by adopting a bioregional approach that orients decision making towards a specific ecosystem or bioregional so to be truly fitting with the special characteristics of the place and communities that live there⁸⁶. Such genuine Earth governance should be guided by Wild Laws that respect and abide to what Cullinan considers to be the principles of Earth Jurisprudence that shadow and further develop Berry's ten *principles for jurisprudence revision*⁸⁷. Cullinan's principles may be summarized as the following⁸⁸:

- The Universe is the primary law giver, not human legal systems. Consequently, it is also the supreme arbiter of right and wrong.
- Human Jurisprudence, as well as Earth Jurisprudence, are embedded in the Great Jurisprudence. Hence, legal, as well as political, economic and social systems must be consistent with the principles that constitute it and must be able to promote human behavior that protects the health and integrity of the Earth community. Human law that infringes these principles

⁷⁹ CULLINAN 2011, 76-79.

⁸⁰ CULLINAN 2011, 128.

⁸¹ CULLILAN 2011, 129.

⁸² CULLILAN 2011, 129.

⁸³ MASON 2011, 41.

⁸⁴ CULLINAN 2002, 10.

⁸⁵ CULLINAN 2002, 138.

⁸⁶ CULLINAN 2011, 194. This approach rediscovers the role of indigenous peoples and local communities as holders of *biocultural diversity*, meant as the vast knowledge about the ecosystems of their lands and the centrality of the environment in their practices and beliefs (see WILSON 2016).

⁸⁷ BERRY 2006, in 149 f.

⁸⁸ CULLINAN 2002, 84 ff; CULLINAN 2011.

- is unlawful and illegitimate⁸⁹.
- Law must be adaptable to the different conditions of the places where it is applied. Uniformity must not be imposed where differences lay.
 - The Earth community and all the beings that constitute it have must be recognized as subjects before the law, holders of fundamental rights.
 - The rights of each being are limited by the rights of other beings to the extent necessary to maintain the integrity, stability and health of their communities.
 - A balance needs to be maintained between the rights of humans and of other beings on the basis of what is best for the Earth as a whole. The wellbeing of single members of the Earth community (humans as well) cannot prevail over the wellbeing of the Earth community as a whole⁹⁰. Human rights, hence, do not always trump the rights of other members of the Earth Community to fulfil their roles: «[t]hey are limited by the “rights” of other members of the Community». This principle allows for the long-term survival of humankind⁹¹ as a species, whose action would otherwise destroy the very grounds of their subsistence and wellbeing.
 - If harm is inflicted on the Earth Community or part of it, justice must be sought through restorative, rather than solely punishing means⁹².

4. *Just, another, natural law theory?*

Earth Jurisprudence appears as an innovative, groundbreaking, theory. Its proponents treat current content and form of Western law as one of the causes of the current environmental crisis but, nevertheless, do not abandon the aspiration to use it as one of the instruments to repair such relationship. In order to repair such a relationship, Earth Jurisprudence enters the land of critical legal theory⁹³, seeking to bring back into the discussion all those that perceive the environment as holder of intrinsic value. It tries to open the doors of jurisprudence to non-anthropocentric thinkers, be they philosophers, indigenous peoples, minorities, and whoever else. In order to do so, it proposes a shift from purely humanmade law to a law that must abide to overarching natural principles meant to guide humankind to a harmonic relationship with nature.

However, the idea that humanmade law is true, legally binding law, insofar as it derives its content from natural, non-humanmade law, is not really new to, nor groundbreaking for, legal theory. Natural law theories have long inhabited, and still inhabit, the texts of scholars from those of ancient Greeks to Thomas Aquinas, John Finnis and many more⁹⁴. What Thomas Berry and others sketch as the characteristics of their jurisprudence are near enough to what, for example, Finnis describes as the tradition of natural law⁹⁵. Just as Great law or Wild Law, in order to be morally binding, must comply with the *principles for jurisprudence revision* (Berry) or with Earth Jurisprudence (Cullinan), for Finnis «the act of “positing” law (whether judicially or legislatively or otherwise) is an act which can and should be guided by “moral” principles and rules»⁹⁶, and the respect of these moral principles and rules (that concretize in the respect of the Rule of Law and human rights⁹⁷) is

⁸⁹ CULLINAN 2002, 131.

⁹⁰ CULLINAN 2002, III.

⁹¹ CULLINAN 2002, III.

⁹² CULLINAN 2002, 133.

⁹³ BURDON 2015, 80. Critical legal theorists have widely advocated against the exclusion of many people from the making of the law and of legal theory itself. As Burdon notes, the classic lawyer or legal philosophers, is white, male and upper class, leaving aside all *others*.

⁹⁴ For a general description see FINNIS 2020a; FINNIS 2020b.

⁹⁵ BURDON 2011, 158.

⁹⁶ FINNIS 2011, 290.

⁹⁷ FINNIS 2011, 23.

necessary to explain and justify the obligatory force of positive law⁹⁸.

The originality of Earth Jurisprudence, hence, does not rest in the development of a new theory of law imagining the existence of natural law. It, instead, lays in the content that natural law is described to have. While for Finnis what distinguishes between «ways of acting that are morally right or morally wrong»⁹⁹ concerns human flourishing and good¹⁰⁰; for Earth Jurisprudence what is to be protected against the whims and biases of humanmade law are not *only* humankind's basic interests, nor those of any specification of humankind – such as women, children, indigenous peoples, disabled. It is, *also*, the natural world, the Earth in its entirety, the Earth community. It could, of course, be argued that in order to achieve human flourishing and good, the conservation of the environment is a necessary enterprise. However, Earth Jurisprudence embraces an ecocentric ethic approach according to which the wellbeing of the Earth is a value that shall be pursued *per se*, because the Earth and all its living and non-living inhabitants are holders of intrinsic value. It is, hence, an enterprise that humanmade law should pursue regardless of its use for the protection of human basic goods.

Another innovative aspect of Earth Jurisprudence *vis à vis* recent natural law theories, such as Finnis', may be found in the origins of the moral norms and principles compiling natural law. For Finnis, «those moral norms are a matter of objective reasonableness, not of whim, convention, or mere “decision”»¹⁰¹. They hold good as mathematical principles do¹⁰², and derive from the «pre-moral principles of practical reasonableness, and not from any facts, whether metaphysical or otherwise [and] make no reference at all to human nature, but only to human good»¹⁰³. Berry instead, maybe naively, does not attempt to circumnavigate the naturalistic fallacy making appeal to human reason and good. He embraces the facts and rules (hence the *is*) of nature and the principles that govern it and looks to them – as Cullinan looks at the Great Jurisprudence – as a guide to conduct humans in what he calls the Ecozoic era. Science is «the path to wisdom»¹⁰⁴ and the *principles for jurisprudence revision* derive from the universe that is treated as the source of the rights of geological and biological beings of the Earth¹⁰⁵. For Berry, these principles are to be read by – not derived from – human practical reasonableness and they are to be accepted, as moral principles, because they tell us what nature needs to continue its existence. In other words, through the development of the *new story* of the Earth¹⁰⁶, Berry fully shares Leopold's idea according to which humankind should undertake an intellectual¹⁰⁷ and cultural¹⁰⁸ change such as that the «integrity, stability and beauty of the biotic community» becomes a self-evident good, without any need to deduce it from other moral principles.

Even though we may be familiar with the way Earth Jurisprudence conceives the law and its origins, its proposals may still appear as too radical a paradigm shift, or as a path too far from Western law, jurisprudence and culture to be reasonably walked by States and endorsed by the majority of Western scholars. As Berry himself recognizes, «since the Enlightenment period

⁹⁸ FINNIS 2011, 23.

⁹⁹ FINNIS 2011, 23.

¹⁰⁰ FINNIS 2011, 106. The basic goods are practical reflection, life, knowledge, play, aesthetic experience, sociability, practical reasonableness and religion.

¹⁰¹ FINNIS 2011, 290.

¹⁰² FINNIS 2011, 24.

¹⁰³ FINNIS 2011, 34 and 36. How these principles are derived remains, to say the least, blurred. What exactly does it mean that «When discerning what is good, to be pursued (*prosequendum*), intelligence is operating in a different way, yielding a different logic, from when it is discerning what is the case (historically, scientifically, or metaphysically)»?

¹⁰⁴ BERRY 2006, 125.

¹⁰⁵ BERRY 1999, 161 ff.

¹⁰⁶ BERRY 2006, 22, 17.

¹⁰⁷ LEOPOLD 1949, 246.

¹⁰⁸ BERRY 2006, 17.

[...] the independent nation, with the people as the supreme rulers over themselves, recognize no authority beyond itself, neither in heaven nor on Earth, neither in the realm of nature nor in the realms of humans»¹⁰⁹. In fact, Western countries shifted from ancient to modern ways of conceiving the law¹¹⁰. Under the ancient vision, where nature and the world were unchangeable products of a superior being, law was revelation, a manifestation of divine wisdom. Law was natural and as such, it was uncontestable and un-modifiable. With the coming of the modern age and technological scientism, humankind began to consider itself as having power over nature and being independent from divinity. Law ceased to be a revelation and it became the product of human authority and will, and as such, it could be contested and modified. Once this road is walked it is difficult for modern States and western scholars to walk back and accept, once again, to abide to a non-human made law, uncontestable and unmodifiable *because it is what nature prescribes*. It is difficult because it is hard to believe that natural law exists, out there, somewhere in nature. It is equally difficult to accept the idea of having to *receive* the law from someone (who? the scientist, the shaman, the priest, the philosopher?) able to read the real, true law from nature, and, consequently, abandoning the idea that the law is something that can be modified to reflect the diversity of human cultures, desires, or even whims. In other words, it is hard to surrender oneself, once again, to the luxury of natural law theories.

However, Earth Jurisprudence still has a lot to teach us, if seen from the right perspective. It could be an invitation to create a new relationship between law – environmental law in particular – and science that allows the latter to guide the law towards more environmentally conscious ways of guiding human behavior. Moreover, Earth Jurisprudence may also be conceived, as Burdon suggests, as a *social movement* «engaged in a grassroots collaborative struggle aimed at shifting laws towards an ecological foundation»¹¹¹. As such, it may help to incorporate and provide a background for many existing achievements of environmental movements or environmentally-related ones fighting against environmental detrimental activities, for the creation of new environmental laws and for the promotion of new understandings of rights – may they be the environmentally related human rights, or, more radically, the rights of nature¹¹². National courts decisions as the 2017 *Lalit Miglani v. State of Uttarakhand & others*¹¹³ and the *Atrato River case* at the Colombian Supreme Court¹¹⁴; regional courts decisions such as the 2020 *Indigenous Community Members of the Lhaka Honhat (Our Land) Association v. Argentina* of the InterAmerican Court of Human Rights¹¹⁵, the *Endorois Welfare Council v. Kenya* case of the African Court on Human and People's Rights; and national laws such as the *Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act* in New Zealand¹¹⁶ and the Victorian Parliament *Yarra River Protection (Wilip-gin Birrarung murron) Act*, the Bolivian *Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien*, and the Ecuadorian Constitution¹¹⁷ symbolize the existence of a social movement directed towards the realization of many of the principles Earth Jurisprudence advocates for.

¹⁰⁹ BERRY 2006, III f.

¹¹⁰ LOMBARDI VALLAURI 1981, 236. Lombardi Vallauri gives an ideal description of a possible way of seeing the transition from natural law to positive law theories at the end of the Middle Ages and at the beginning of what he calls the modern technological scientism (or materialism).

¹¹¹ BURDON 2015, 73-78.

¹¹² As the emblematic article, see STONE 1972. In this special issue of *Diritto & questioni pubbliche*: MÍGUEZ NÚÑEZ, CIUFFOLETTI, ŽGUR, and PERRA.

¹¹³ ECKSTEIN et al. 2019.

¹¹⁴ CASTILLO GALVIS et al. 2019; VILLAVICENCIO CALZADILLA 2019; SAJEVA 2021 (forthcoming).

¹¹⁵ See <https://www.escri-net.org/caselaw/2020/indigenous-community-members-lhaka-honhat-our-land-association-vs-argentina>.

¹¹⁶ On the comparison between the New Zealand, Colombia, and Indian cases, see KAUFFMAN, MARTIN 2018. See also STUDLEY, BLEISCH 2018; SAJEVA 2018, chp 5.

¹¹⁷ KOTZÉ, CALZADILLA VILLAVICENCIO 2017; VILLAVICENCIO CALZADILLA, KOTZÉ 2018; SAJEVA 2017.

Unsurprisingly, many of these achievements are the product of local communities and indigenous peoples struggles that have taken the form of grass roots organizations, collective actions, protests and strikes. They may or may not refer to natural law, Earth Jurisprudence or Pacha mama; they may or may not have ways of conceiving the law closer to natural law scholars; but what matters is that they are encountering organizations, citizens and even States ready to listen more to the content, rather than the form, of their revindications and move towards actions, laws, politics, court decisions and institutional arrangements that treat the Earth as something to be protected from the destructive force of humankind.

References

- ATTFIELD R. 2018. *Environmental Ethics. A very short introduction*, Oxford University Press.
- BAVIKATTE S.K. 2014. *Stewarding the Earth. Rethinking Property and the Emergence of Biocultural Rights*, Oxford University Press.
- BEITZ C. 2009. *The Idea of Human Rights*, Oxford University Press.
- BERRY T. 1981. *Perspectives on Creativity: Openness to a Free Future*, in EIGO F.A (ed.), *Whiter Creativity, Freedom, Suffering? Humanity, Cosmos, God*, Villanova University Theology Institute Publishers.
- BERRY T. 1987. *The Dream of the Earth: Our way into the future*, in «CrossCurrents», 37(2/3), 1987, 200 ff.
- BERRY T. 1994. *The Gaia Theory: Its Religious Implications*, in «ARC: Journal of the Faculty of Religious Studies», 22, 1994, 7 ff.
- BERRY T. 1999. *The Great Work*, Bell Tower.
- BERRY T. 2006. *Evening Thoughts: Reflecting on Earth as Sacred Community*, in TUCKER M.E. (ed.), *Sierra Club Books*.
- BIERMANN F. 2001. *The Emerging Debate on the Need for a World Environment Organization*, in «Global Environmental Politics», 1(1), 2001, 45 ff.
- BURDON P.D. 2011. *The Jurisprudence of Thomas Berry*, in «Worldviews», 15(2), 2011, 151 ff.
- BURDON P.D. 2015. *Earth Jurisprudence: Private Property and the Environment*, Routledge.
- CALLICOTT J.B. 1994. *Earth's Insights. A multicultural survey of ecological ethics from the Mediterranean Basin to the Australian Outback*, University of California Press.
- CALLICOTT J.B. 1997. *The Challenge of a World Environmental Ethic*, in «American Journal of Theology & Philosophy», 18(1), 1997, 65 ff.
- CASTILLO GALVIS S.H., D'JANON DONADO M.L., RAMÍREZ NÁRDIZ A. 2019. *El control de convencionalidad y el diálogo judicial frente al medio ambiente como sujeto de protección y reparación*, in «Revista Mexicana de Derecho Constitucionales», 41, 2019, 397 ff.
- CIUFFOLETTI S. 2020. *Have trees got standing? A brief account of locus standi doctrines and case law in the environmental litigation on the basis of the principle of effectiveness of rights*, in «Diritto & questioni pubbliche», 2, 2020, 71 ff.
- CRUTZEN P.J, STOERMER E.F. 2000. *The "Anthropocene"*, in «Global Change Newsletter», 41, 2000, 17 f.
- CULLINAN C. 2002. *Wild Law*, Siber Ink.
- CULLINAN C. 2011. *A History of Wild Law*, in BURDON P.D. (ed.), *Exploring Wild Law. The Philosophy of Earth Jurisprudence*, Wakefield Press, 12 ff.
- DAVIES K., ADELMAN S., GREAR A., IORNS MAGALLANES C., KERNS T., RAJAN S.R. 2017. *The Declaration on Human Rights and Climate Change: a new legal tool for global policy change*, in «Journal of Human Rights and the Environment», 8(2), 2017, 217 ff.
- DESJARDINS J.R. 2013. *Environmental Ethics: An Introduction to Environmental Philosophy*, Wadsworth Cengage Learning.
- ECKSTEIN G., D'ANDREA A., MARSHALL V., O'DONNELL E., TALBOT-JONES J., CURRAN D., O'BRYAN K. 2019. *Conferring Legal Personality on the World's Rivers: A brief intellectual assessment*, in «Water International», 44(6-7), 2019, 804 ff.
- ELLINGSON T. 2001. *The Myth of the Noble Savage*, University of California Press.

- ESTY D.C. 1994. *The Case for a Global Environmental Organization*, in KENEN P.B. (ed.), *Managing the World Economy: Fifty Years After Bretton Woods*, Institute for International Economics.
- FINNIS J. 2011. *Natural Law & Natural Rights*, second edition, Oxford University Press.
- FINNIS J. 2020a. *Aquinas' Moral, Political, and Legal Philosophy*, in ZALTA E.N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Available online at: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/aquinas-moral-political/> (accessed December 2020).
- FINNIS J. 2020b. *Natural Law Theories*, in ZALTA E.N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Available online at: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/natural-law-theories/> (accessed December 2020).
- FOREST PEOPLE PROGRAMME. 2011. *Case Studies and Synthesis Paper on Customary Sustainable Use of Biodiversity by Indigenous Peoples and Local Communities. Examples, Challenges, Community Initiatives and Recommendations Relating to CBD Article 10*, Forest People Program.
- GIACOMINI G. 2020. *The Interactive Dialogues of UN Harmony with Nature: for a paradigmatic shift to Earth-centred governance*, in «Diritto & questioni pubbliche», 2, 2020, 103 ff.
- HOSKEN L. 2011. *Reflections on an Inter-cultural Journey into Earth Jurisprudence*, in BURDON P.D. (ed.), *Exploring Wild Law. The Philosophy of Earth Jurisprudence*, Wakefield Press, 24 ff.
- JONAS H. 1979. *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Suhrkamp. (It. trans. 1984, *Il principio responsabilità*, PORTINARO P.P. (ed.), Einaudi).
- KAUFFMAN C.M., MARTIN P.L. 2018. *When Rivers Have Rights: case comparison of New Zealand, Colombia, and India*, International Studies Association Annual Conference.
- KOTZÉ L.J., VILLAVICENCIO CALZADILLA P. 2017. *Somewhere between Rhetoric and Reality: Environmental Constitutionalism and the Rights of Nature in Ecuador*, in «Transnational Environmental Law», 2017, 1 ff.
- LEOPOLD A. 1949. *A Sand County Almanac. With Essays on Conservation from Round River*, Ballantine Books.
- LOMBARDI VALLAURI L. 1981. *Corso di Filosofia del Diritto*, CEDAM.
- LOVELOCK J. 1979. *Gaia. A new look at life on Earth*, Oxford University Press.
- MASON I. 2011. *One in All: Principles and Characteristics of Earth Jurisprudence*, in BURDON P. (ed.), *Exploring Wild Law. The Philosophy of Earth Jurisprudence*, Wakefield Press, 35 ff.
- MÍGUEZ NÚÑEZ R. 2020. *Soggettività giuridica e natura. Spunti per una riflessione civilistica*, in «Diritto & questioni pubbliche», 2, 2020, 29 ff.
- PERRA L. 2020. *L'antropomorfizzazione giuridica*, in «Diritto & questioni pubbliche», 2, 2020, 47 ff.
- PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS A. 2011. *Looking for the Space Between Law and Ecology*, in PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS A. (ed.), *Law and Ecology. New Environmental Foundations*, Routledge, 1 ff.
- REDFORD K. 1991. *The Ecologically Noble Savage*, in «Cultural Survival Quarterly», 15-1, 1991, 46 ff.
- SAJEVA G. 2017. *The Conservation of the Environment in Ecuador's Constitution*, in «Materiali per una Storia della Cultura Giuridica», 47(2), 2017, 359 ff.
- SAJEVA G. 2018. *When Rights Embrace Responsibilities. Biocultural Rights and the Conservation of Environment*, Oxford University Press.
- SAJEVA G. 2021, forthcoming. *Environmentally-conditioned human rights. A good idea?*, in CORRIGAN D., OKSANEN M. (eds.), *Rights of Nature: A Re-examination*, Routledge.
- SANDS P., PEEL J., FABRA A., MACKENZIE R. 2012. *Principles of International Environmental Law*, third edition, Cambridge University Press.

- STONE C. 1972. *Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects*, in «South California Law Review», 45, 1972, 450 ff.
- STUDLEY J., BLEISCH W.V. 2018. *Juristic Personhood for Sacred Natural Sites: a Potential Means for Protecting Nature*, in «Parks Journal», 24, 2018, 81 ff.
- SWIDERSKA K., ARGUMEDO A., SONG Y., LI J., PANT R., HERRERA H., MUTTA D., MUNYI P., VEDAVATHY S. 2009. *Protecting Community Rights over Traditional Knowledge. Implications of customary laws and practices. Key findings and recommendations 2005-2009*, International Institute for Environment and Development.
- SWIMME B., BERRY T. 1992. *The Universe Story: From the Primordial Flaring Forth to the Ecozoic Era. A Celebration of the Unfolding of the Cosmos*, Harper.
- TIGRE M.A., LICHET V. 2020. *Update on Negotiations of a New International Environmental Agreement*, in «Environmental Law Reporter», 2020, 10818 ff.
- TUCKER M.E., GRIM J., ANGYAL A. 2019. *Evoking the Great Work*, in ID. (eds.), *Thomas Berry: A Biography*, Columbia University, 149 ff.
- TURNER S.J. 2014. *A Global Environmental Right*, Earthscan.
- VERSCHUUREN B., WILD R., MCNEELY J. A., OVIEDO G. (eds.). 2010. *Sacred Natural Sites. Conserving Nature & Culture*, Earthscan.
- VILLAVICENCIO CALZADILLA P. 2019. *A Paradigm Shift in Courts' View on Nature: The Atrato River and Amazon Basin Cases in Colombia*, in «Environment and Development Journal», 15, 2019, xiii ff.
- VILLAVICENCIO CALZADILLA P., KOTZÉ L.J. 2018. *Living in Harmony with Nature? A Critical Appraisal of the Rights of Mother Earth in Bolivia*, in «Transnational Environmental Law», 7(3), 2018, 397 ff.
- WHITT L.A., ROBERTS M., NORMAN W., GRIEVES V. 2001. *Indigenous Perspectives*, in JAMIESON D. (ed.), *A Companion to Environmental Philosophy*, Blackwell Publishing, 3 ff.
- WILSON K. 2016. *Flourishing at Twenty: On Context and Foundations in the Rise of the Concept of Biocultural Diversity*, in «Terralingua Landscape», 5(2), 2016, 10 ff.
- ZALASIEWICZ J. 2017. *The Extraordinary Strata*, in OPPERMANN S., IOVINO S. (eds.), *Environmental Humanities. Voices from the Anthropocene*, Rowman & Littlefield International, 115 ff.
- ŽGUR M. 2020. *All the Earth's legal children. Some sceptical comments about Nature's legal personhood*, in «Diritto & questioni pubbliche», 2, 2020, 87 ff.

**SOGGETTIVITÀ
GIURIDICA E NATURA
SPUNTI PER UNA RIFLESSIONE
CIVILISTICA**

RODRIGO MÍGUEZ NÚÑEZ



Soggettività giuridica e natura.
Spunti per una riflessione civilistica

Legal Subjectivity and Nature.
Remarks about Civil Law

RODRIGO MÍGUEZ NÚÑEZ

Professore associato, Università del Piemonte Orientale.
E-mail: rodrigo.miguez@uniupo.it

ABSTRACT

Il testo propone una lettura critica della soggettività giuridica occidentale volta a sottolineare il suo carattere autenticamente antropomorfo ed escludente. A partire da tale constatazione si delineano alternative teoriche e pratiche nella prospettiva del diritto privato che, riflettendo le necessità di tutele ecologiche concrete del nostro tempo, colgono le varie manifestazioni dell'interrelazione fra l'umano e la natura non umana.

This paper offers a critical reading of Western legal subjectivity to highlight its anthropomorphic and exclusionary features. Based on this observation, the article focuses on theoretical and practical remarks in private law that gather the different expressions of the interdependence between human and non-human nature *vis à vis* the ecological challenges of our time.

KEYWORDS

soggetto di diritto, soggettività, antropocentrismo, antropomorfismo, interesse, natura, interrelazione, diritto civile

legal subject, subjectivity, anthropocentrism, anthropomorphism, interest, nature, interrelation, civil law

Soggettività giuridica e natura. Spunti per una riflessione civilistica

RODRIGO MÍGUEZ NÚÑEZ

In Wildness is the preservation of the world
Henry David Thoreau, *Walking* (1862)

1. *Antropocentrismo e soggettività giuridica* – 2. *Soggettivismo antropocentrico e diritto privato* – 3. *Il non soggetto* – 4. *Soggetto e volontà* – 5. *Soggetto e interesse* – 6. *Natura, interessi e diritti* – 7. *Interrelazione e diritto civile*.

1. *Antropocentrismo e soggettività giuridica*

Che il diritto sia una questione di esseri umani e che appaia laddove costoro si riuniscono in società è un presupposto che accompagna il discorso giuridico sin dai tempi antichi¹. Ciò, d'altronde, è premessa fondante della tradizione antropocentrica che segna l'evoluzione della cultura occidentale e della relativa narrazione in materia di diritti. È allora logico che, a partire dall'innato antropocentrismo che domina la giuridicità in Occidente, il cultore del diritto civile ribadisca che «l'ordinamento giuridico si pone come disciplina della libertà umana e non come ordinamento degli esseri viventi in generale e meno che mai della materia inanimata»², risultandone come sia sempre «l'uomo che proietta sugli esseri viventi e sulla natura in generale i “suoi” valori di rispetto della vita in tutte le forme e dell'ambiente»³.

Una tale costruzione concettuale è strettamente connessa all'affermarsi della soggettività imperniata sull'essere umano vivente e all'intreccio tra soggettività e capacità⁴. Se l'ordinamento giuridico «serve esclusivamente all'uomo» e se «dobbiamo riferire tutti i diritti a lui»⁵, la tecnica dell'aggiudicazione dei diritti «suppone necessariamente una persona, che ne sia portatrice»⁶.

Di qui che il soggetto, dotato di capacità giuridica sin dalla nascita (art. 1 c.c.), sia inteso quale astratto punto di riferimento delle norme, e di qui che la sua unicità e universalità divenga l'elemento primordiale e garante della possibilità di dispensare norme generali e indistintamente valide⁷.

È poi d'obbligo aggiungere che la centralità dell'individuo nel discorso giuridico (e la correlativa separazione fra soggetto e oggetto) è debitrice della rinnovazione dei relativi istituti e principi in funzione della nozione di diritto soggettivo teorizzato sulla base del binomio libertà-proprietà⁸. Già

* La presente ricerca si inserisce nell'ambito del progetto *I non soggetti di diritto: la soggettività giuridica come meccanismo di esclusione sociale*, finanziato con il contributo dell'Università del Piemonte Orientale (FAR 2017).

¹ Basterà pensare al brocardo ermogeniano «Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit» (D. 1.5.2) o all'omologa dichiarazione di Giustiniano «Nam parum est ius nosse, si personae, quarum causa statutum est, ignorantur» (*Inst.* 1, 2).

² GAMBARO 1990, 82.

³ BALOCCHI 1988, 1.

⁴ FALZEA 1960, 14. In riferimento al *common law*, è sufficiente rinviare a POUND 1949, 167.

⁵ PUCHTA 1854, 6.

⁶ GIANTURCO 1884, 186.

⁷ GORLA 1948, 35; RESCIGNO 2010, 23 ss. Come si tende a precisare, la soggettività rispecchia il principio di eguaglianza che si sviluppa a partire dal costituzionalismo moderno come esito del superamento degli *status* e delle discriminazioni per motivi politici o culturali (STANZIONE 2017, 3 ss.; COSTA 1999, 36 ss.). Baluardi di questa conquista sono gli artt. 6 della Dichiarazione Universale dei diritti umani, 16 della Convenzione internazionale sui diritti civili e politici e 22 della Costituzione. Cfr., in argomento, KESBY 2012.

⁸ Vedi PROSPERO 2009.

nella prima formulazione giuridica del termine (ad opera della Scolastica spagnola del XVI secolo), il dogma della volontà consente di individuare nel *subiectum* colui al quale «spetta il dominio sulle cose»⁹. Il passaggio è relevantissimo; da questo momento in poi le elaborazioni teoriche in tema evidenzieranno il carattere essenzialmente patrimoniale che viene conferito alla categoria, derivandone la conferma di un noto presupposto della nostra modernità giuridica: il soggettivismo antropocentrico avrebbe consentito alla proprietà di assumere le vesti di paradigma del diritto soggettivo, avviando un'antropologia imperniata sul potere del libero e assoluto utilizzo delle risorse nonché sul governo di se stessi come un mero oggetto¹⁰.

Vero è però che nel mutato clima culturale che si apre con la Costituzione di Weimar il paradigma antropologico è cambiato¹¹. Il soggetto “virtuoso” non è più il proprietario, ma il “sociale”, nelle sue diverse declinazioni. Il soggetto ha perso la vocazione unitaria, astratta e trasversale a vantaggio della sua articolazione (e frammentazione) concreta nella nozione di persona, quale “categoria ordinante”¹². Ma questa evoluzione, atta sì a scambussolare ai nostri tempi la soggettività individuale di matrice liberale, non condiziona la premessa antropocentrica su cui in questa sede preme insistere: l'individuo umano, nelle vesti di soggetto giuridico per antonomasia, è posto al centro del fenomeno del diritto, il quale, per conseguenza, si esaurisce nell'essere uno strumento al servizio esclusivo del suo benessere e interesse¹³.

Nessuna migliore riflessione inquadra tale nodo problematico come quella tracciata dalle linee con cui René Demogue denunciava, a inizio Novecento, il vizio originario della soggettività: «[o]n a pris le cas le plus simple qui s'est présenté à l'esprit: l'homme sujet de droit, et on a généralisé cette idée. Heureusement on a admis que tout homme avait cette qualité. Mais on a aussitôt limité cette théorie, en disant que l'homme vivant seul est sujet de droit»¹⁴.

2. Soggettivismo antropocentrico e diritto privato

La circostanza che l'essere umano vivente sia il necessario punto di riferimento di qualunque costruzione normativa giova a spiegare due fenomeni ben noti nell'ambito del diritto civile: che il dibattito centrale attorno alla soggettività “non umana” si sia ristretto all'angusto ambito delle persone giuridiche (e così a giustificare o negare, tramite articolate descrizioni analitiche, l'attribuzione di personalità alle stesse) e che il ruolo svolto dalla “persona” come riferimento concettuale per l'individuazione di altri potenziali attori giuridici rimanga tutt'oggi centrale.

Sotto il primo profilo è importante ricordare che le c.d. “tesi negatrici” degli enti collettivi, sviluppatesi sin dalle prime elaborazioni teoriche del concetto di persona giuridica, escludono che gli enti possano essere soggettivati e convengono sul fatto che i veri soggetti di diritto siano solo gli esseri umani che se ne avvalgono¹⁵. Kelsen, autore della critica fondamentale alle nozioni di soggetto e di persona, è lo studioso che merita di più la nostra attenzione. Leggiamo nei suoi *Lineamenti*:

«[c]ome la persona fisica così anche la così detta persona giuridica è soltanto l'espressione unitaria di un complesso di norme, cioè di un ordinamento giuridico e precisamente di un ordinamento che rego-

⁹ GUZMÁN BRITO 2012, 6.

¹⁰ Così VIOLA 2009, 541; TALLACCHINI 1996, 178.

¹¹ Il punto è evidenziato da MARELLA 2020, 57 ss.

¹² OPPO 2002; RODOTÀ 2007; RESCIGNO 2010.

¹³ Per ulteriori approfondimenti, anche in merito all'“umanesimo giuridico” del diritto occidentale, cfr. PIETRZYKOWSKI 2018, 25 ss.

¹⁴ DEMOGUE 1909, 614.

¹⁵ KELSEN 2000, 89. Vedi, inoltre, con speciale riguardo alla ripresa delle dottrine negatrici in Italia: BASILE, FALZEA 1983, 250, 251 ss.; GALGANO 1995, 398 s.; BASILE 2014, 178 ss. Infine, per un approfondimento sul concetto di persona in Kelsen vedi PROSPERO 2010, 718 ss.

la il comportamento di una pluralità di uomini [...] Con ciò, la persona giuridica, allo stesso tempo della persona fisica, è priva di una esistenza naturale o reale [...] Gli obblighi e diritti di una persona giuridica debbono risolversi in obblighi e diritti dell'uomo, cioè in comportamenti umani regolati da norme, in comportamenti che le norme statuiscono come obblighi e diritti»¹⁶.

Sebbene per un itinerario diverso, a conclusioni non dissimili giunge Paolo Zatti considerando che:

«se della “scena giuridica” verbale [...] si passa a quella reale [...] ciò che chiamiamo “persona” nel diritto cade, poiché altro non è che un *prosopon*, una maschera che nasconde l'uomo: l'uomo e solo l'uomo singolo, è qui il protagonista degli atti regolati, e in tal senso l'unico “reale” soggetto»¹⁷.

Quel che sembra rilevare in queste ed analoghe ricostruzioni è la lotta contro la confusione del profilo giuridico/normativo con quello biologico/psicologico¹⁸; ridotte quindi ad una mera abbreviazione linguistica di una relazione giuridica complessa tra individui, «le regole dirette alle persone giuridiche sarebbero formule ellittiche o indirette per la designazione delle persone umane chiamate ad adeguarvisi»¹⁹.

Il secondo fenomeno cui si faceva cenno palesa in modo ancor più netto il c.d. “pregiudizio antropocentrico” che governa la soggettività giuridica²⁰.

Con esso, si vuole far riferimento al continuo tentativo di far coincidere un'entità non-umana con il concetto giuridico-naturalistico di persona fisica per verificarne il grado d'idoneità o di corrispondenza con la stessa²¹. Nulla di ciò però meraviglia. Se, come insegna la psicologia sperimentale, siamo caratterizzati da una innata tendenza a personificazione le cose, la soggettività non può che essere conduttore di antropomorfizzazione²².

Per chi si pone dal punto di osservazione della storia del diritto, può risultare utile riportare le parole con cui Riccardo Orestano faceva i conti con la prima teoria circa l'esistenza di soggetti diversi della persona fisica:

«l'aver “degradato” la personalità degli enti diversi dall'uomo a mera “finzione” servì al Savigny per ribadire il concetto che l'intero sistema giuridico fosse da costruire in funzione dell'individuo e dei suoi diritti, perché era appunto all'individuo che venivano *assimilati* attraverso un procedimento di “finzione” queste figure di cui il diritto positivo poteva servirsi a suo arbitrio in vista di particolari scopi»²³.

È invero noto che quando nel diritto non si rinviene un soggetto umano singolo, indivisibile, al quale attribuire una situazione giuridica, il giurista usa inventarlo tramite operazioni che provano la sua abilità di «denaturalizzare giuridicamente il mondo»²⁴. Lampante esempio di questo artificio è la ricorrente prassi delle corti statunitensi della prima metà dell'Ottocento nel campo della *ship personification doctrine*, ovvero della soluzione giurisprudenziale che personifica le “navi” allo scopo di punire (e risarcire) le elusioni di responsabilità in caso di violazioni delle leggi marittime e sull'embargo²⁵.

¹⁶ BASILE, FALZEA 1983, 265. Vedi, inoltre, PELLIZZI 1993, 2.

¹⁷ ZATTI 1994, 333.

¹⁸ Su cui già BETTI 2002, 63.

¹⁹ BASILE, FALZEA 1983, 265. Cfr., inoltre in tal senso PELLIZZI 1993, 2; TEUBNER 2015, 22; GRAZIADEI 2001, 99 ss.

²⁰ Devo l'espressione a FROSINI 1970, 815.

²¹ NAFFINE 2009, 3. In questo senso vedi anche le più recenti riflessioni di BROŽEK 2017.

²² MÍGUEZ NÚÑEZ 2018, 50.

²³ ORESTANO 1978, 211 s. (corsivo nostro). Com'è noto, questa nozione trova accoglienza nei codici preunitari (art. 10 del Codice per il Regno delle Due Sicilie, art. 25 del Codice Albertino), nonché nell'art. 2 del Codice Pisanelli, il quale assimila tutti «i corpi legalmente riconosciuti» all'unico soggetto di diritto reale, la persona fisica.

²⁴ THOMAS 2011, 155. Cfr., altresì, LIND 2015, 106; ROSS 1990, 170 s.

²⁵ Su cui, ampiamente, LIND 2009.

La tecnica è esplicitata nei seguenti termini dalla sentenza capostipite della Corte suprema americana:

«A ship is *born* when she is launched, and *lives* so long as her identity is preserved. Prior to her launching, she is a mere congeries of wood and iron – an ordinary piece of personal property – as distinctly a land structure as a house, and subject only to mechanics' liens created by state law and enforceable in the state courts. In the *baptism* of launching, she receives her name, and from the moment her keel touches the water, she is transformed, and becomes a subject of admiralty jurisdiction. She acquires a *personality of her own*; becomes competent to contract, and is individually liable for her obligations, upon which she may sue in the name of her owner, and be sued in her own name. Her owner's agents may not be her agents, and her agents may not be her owner's agents»²⁶.

Grazie a questa eccezionale operazione antropomorfica viene ritenuto del tutto “ragionevole” considerare una nave come «an offending thing»²⁷, potendo perciò la stessa essere soggetta ad arresto, condanna e confisca come conseguenza dell'illecito da lei commesso.

Indubbiamente, il fenomeno antropomorfizzante non si arresta né alle sole navi, né alla soggettività “negativa”, intesa in termini di doveri. Si consideri il tema delle società commerciali.

Se, sul finire dell'Ottocento, il celebre giudice Oliver Wendel Holmes, jr. poteva asserire che «[a] ship is the most living of inanimate things»²⁸, sono oggi le grandi *corporations* ad acquistare vita in forza dell'attribuzione progressiva di diritti propri della persona fisica. Pensiamo alle controverse pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti sulla libertà di parola (*Citizens United v. Federal Election Commission*²⁹) e sul diritto al credo religioso in capo ad una azienda (*Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*³⁰). La conquista è mirabile dal punto di vista strategico: attraverso un ingegnoso *corporate rights movement*, dei diritti guadagnati a fatica dai nostri antenati, le grandi società commerciali traggono frutto a scapito spesso dei diritti delle nostre e delle future generazioni³¹. Il “vero” è dunque conquistato dalla finzione: nel nuovo millennio le *corporations* hanno preso il loro posto fra *We the people*³², gettando un'ulteriore base per la concentrazione della ricchezza e per il dominio globale del capitale³³.

Può infine dirsi che gli esempi di antropomorfizzazione si moltiplicano laddove vengano individuate nuove “cose scomode” o “per difetto”, ossia cose che risultano tali solo perché non possono essere ritenute “persone” in senso giuridico. È questo ciò che induce certa dottrina e giurisprudenza ad evidenziare l'inadeguatezza dell'inquadramento concettuale e a proporre diverse “vie di uscita” volte (perlopiù) ad attenuare le regole della commerciabilità tramite il ricorso alla personificazione. Tali considerazioni, per esempio, hanno costituito il substrato rilevante nel dibattito sull'umanizzazione giuridica delle bestie, nella discussione relativa allo statuto giuridico dell'intelligenza artificiale cognitiva e autonoma e – pur nelle vesti di antropocentrismo costruttivo – nel discorso sulla soggettività della natura³⁴.

Tiriamo le somme di queste osservazioni.

Se dal punto di vista formale il termine persona è una sorta di “spazio vuoto” che può essere colmato da qualsiasi entità alla quale una comunità decida di assegnare diritti e obblighi, tale dilatazione non ha mai sottratto rilevanza al paradigma dell'essere umano come modello naturale

²⁶ *Tucker v. Alexandroff*, 183 U.S. 424 (1902), p. 183 U.S. 438 (corsivo nostro).

²⁷ HOLMES 1881, 30.

²⁸ HOLMES 1881, 26.

²⁹ 130 S. Ct. 876 (2010).

³⁰ 134 S. Ct. 2751, 2785 (2014).

³¹ Trattasi di una circostanza messa in luce da LA FOLLETTE, MASER 2017, 146 ss.

³² In tema è d'obbligo il rinvio all'esauriente disamina di WINKLER 2018.

³³ Il punto è avvertito nelle critiche rivisitazioni di PISTOR 2019, 65 e di MATTEI, QUARTA 2018, 100 ss.

³⁴ Cfr., per una prima ricognizione al riguardo, MÍGUEZ NÚÑEZ 2018, 53 ss.

di soggettività. Nel contesto di questi contrastanti modi di guardare la personificazione giova precisare che essa, benché nozione assai più larga e vaga dell'umanità, rimane sempre il risultato di un'operazione di taglio antropomorfo.

3. *Il non soggetto*

La storia dell'attribuzione e della privazione dei diritti insegna che la condizione giuridica della "non soggettività" non è statica, inserendosi in un processo evolutivo che tende per natura ad un movimento ascendente. Questa considerazione spiega l'esistenza di un diritto "irréductible" in capo al "non soggetto" di divenire, appunto, "soggetto"³⁵.

Per delineare tale evoluzione non occorre solo pensare alle lunghe battaglie politiche e sociali combattute dal genere umano per ampliare il proprio patrimonio di diritti. Anche i bisogni della quotidianità attestano che la soggettività (così come le categorie giuridiche in genere) si è adeguata continuamente alle circostanze storiche e alle necessità pratiche di ogni contesto. Un obiettivo politico o sociale, una prassi culturale prende così forma tramite la scelta di soggettivizzare o meno.

Non è questa la sede per ripercorrere le tappe scandite dalla giuridicità occidentale per attestare che la soggettività, in quanto astrazione intellettuale costruita dal diritto, non è mai stata terreno esclusivo della persona fisica, potendo ravvisarsi in una gamma sorprendentemente ampia di ipotesi³⁶. Preme piuttosto evidenziare come uno scopo politico, colmo di plurimi fattori sociali, è spesso veicolato tramite la graduazione o la cancellazione totale della soggettività. La storia infatti insegna che l'universalizzazione delle caratteristiche proprie dei gruppi dominanti crea soggetti "virtuosi", "forti", a scapito degli "esclusi", dei "deboli"³⁷.

Gli esempi sono ovvi e abbondanti: i *fili familia* o lo schiavo nell'antica Roma, il "barbaro indigeno" o il morto civile, sono stati privati in tutto o in parte della titolarità di diritti. Altrettanto accade agli ebrei, degradati alla qualità di beni del Re dalla legislazione inglese del XIII s.³⁸. Non occorre inoltre dimenticare che l'oscuro periodo della legislazione razziale determinò, nel 1939, l'entrata in vigore dell'articolo I, c. 3° del nuovo Codice Civile³⁹, con la conseguenza che la capacità giuridica, acquisita al momento della nascita, potesse essere limitata in ragione dell'appartenenza a determinate razze. In Spagna, intanto, l'art. 29 del Codice Civile (nella sua versione in vigore fino l'anno 2011)⁴⁰ negava la soggettività ad una tipologia – foucaultiana – di "anormale": si reputava come non nato, e dunque privo di personalità, il feto che non presentasse una forma umana e che non vivesse più di ventiquattro ore al di fuori dell'utero materno. In Argentina e Cile, una triste finzione ritiene "morti" per "scomparsa forzata" le persone detenute, sequestrate o private di libertà durante il periodo delle dittature, la cui sorte è tuttora ignota⁴¹. In contesti di pluralismo giuridico, poi, una legge che favorisce lo statuto dei contadini può finire per cancellare la soggettività riconosciuta alle comunità indigene⁴², rendendo evidente il fenomeno dei *sujets rivaux*⁴³. Gli esempi infine si moltiplicano se il discorso si collega agli *status* (liberi, servi, uomini, donne, padri, figli, ecclesiastici, nobili, migranti, anziani, ecc.), veicolo di oppressione che, come autorevolmente detto, ha conferito «giuridica rilevanza a differenze di fatto che, nella scala dei valori, dovrebbero es-

³⁵ CARBONNIER 1989, 204 s.

³⁶ MÍGUEZ NÚÑEZ 2018, 87 ss.; KURKI 2019, 127 ss.

³⁷ In tema cfr. la recente messa a punto di BERNARDINI 2020.

³⁸ ROUTLEDGE 1982, 94.

³⁹ Il cui libro I è stato approvato con r.d. 12 dicembre 1938, n. 1852. Il comma in questione fu abrogato con il r.d.l. n. 25 del 20 gennaio 1944.

⁴⁰ Riforma introdotta dalla legge 20/2011, 21 luglio 2011.

⁴¹ Cfr. la legge argentina n. 24.321 del 08/06/1994; per il Cile cfr. n. 20.377 10/09/2009.

⁴² GUEVARA-GIL, VERONA-BADAJOS 2018.

⁴³ THOMAS 1998, 929.

sere trascurate, neppure segnalate, dal giurista e tanto meno essere assunte come dato inoppugnabile, e quindi codificato dal legislatore»⁴⁴.

Ci avviciniamo ormai al punto che ci interessa.

Allargare o ridurre la cerchia dei titolari di diritti, o la definizione stessa di persona, non è operazione neutra, ma in gran parte una questione di *acculturation*⁴⁵. Sono infatti i valori sociali che un ordinamento ritiene tutelabili a determinare il principale motore dei cambiamenti che la soggettività riverbera. Accade così che, tramite l'artificialità del soggetto, le persone, variamente concepite, guadagnano o perdono definizione, diventano vittima di pregiudizi o eredi di privilegi.

Ebbe quindi giustamente ragione Rodotà ad affermare che «l'individuazione di una categoria di “non soggetti” può avere effetti escludenti persino più radicali di quelli della qualificazione di “non persona”, dal momento che è sottratta a qualsiasi criterio “oggettivo” di controllo»⁴⁶. Specchio fedele di questo risultato è l'avventura intellettuale del diritto capitalista borghese, custode del soggetto inteso quale *homo oeconomicus*, nonché degli inesauribili dispositivi di esclusione (dei non proprietari, dei non maschi, degli analfabeti, dei figli non legittimi, dei disabili, ecc.) che avrebbero messo in luce la contraddizione fra eguaglianza formale e diseguaglianza sostanziale, spostando la problematica dei diritti dal piano della giustificazione a quello della loro effettiva tutela⁴⁷.

Si può dire in conclusione che nel definire gli artificiali contorni della soggettività, il diritto è sempre veicolo di discriminazione fra gli uomini.

4. Soggetto e volontà

Il punto appena evidenziato risulta ulteriormente confermato se si ragiona in sede civilistica su uno dei dibattiti più rilevanti nell'ambito dell'etica e della filosofia politica: la base o, se si vuole, la giustificazione dei diritti.

Quale criterio idoneo per assegnare la soggettività? Sulla base di quale parametro ontologico gli attori giuridici vengono legittimati?

All'apice dell'età della codificazione e dietro l'influsso del soggetto kantiano, di quell'Io pensante «le cui azioni sono suscettibili di imputazione»⁴⁸, lo studioso del diritto civile poteva rispondere in coro: è il fenomeno astratto della volontà umana che si presenta come il vero soggetto di diritto e ciò avviene tenendo a mente la capacità d'agire quale “connotato costituente” della capacità⁴⁹. Ecco perché – scrive Gorla – quel generico potere della volontà (il diritto soggettivo) «si confonde col concetto di personalità» e viene inteso come «personalità pratica, con riguardo al momento del volere o dell'azione»⁵⁰. Panegirico di questo soggetto, della persona nelle vesti di essere pensante e agente a cui i diritti soggettivi sarebbero appartenuti, è il § 16 dell'*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*: «Ogni uomo ha dei diritti innati che si conoscono colla sola ragione, egli perciò è da considerarsi come una persona»⁵¹.

⁴⁴ ALPA 1993, 175.

⁴⁵ TRIBE 2001, 3.

⁴⁶ RODOTÀ 2007, 366.

⁴⁷ BOBBIO 1990, 16.

⁴⁸ KANT 2005, 39.

⁴⁹ FROSINI 1970, 814; ZATTI 2009, 115 s. Sarebbe persino banale accennare all'influenza del soggetto kantiano nelle costruzioni teoriche di Friedrich Karl von Savigny e di Bernhard Windscheid: preme solo evidenziare che, per via di tale influsso, la stessa impostazione volontaristica è presente nella letteratura angloamericana di inizio Novecento. Vedi, per esempio, SALMOND 1902, 334; GRAY 1909, 27. Sottolinea tale correlazione l'eccellente messa a punto di KURKI 2019, 39 ss.

⁵⁰ GORLA 1948, 9.

⁵¹ Cfr. in tema ORESTANO 1978, 204; LA TORRE 1996, 61.

Merita certo d'essere segnalato l'effetto escludente che si poteva ricavare da una siffatta impostazione dogmatica: se «l'état envisagé au point de vue des révélations de sa volonté, de ses volitions»⁵² configura la nozione di soggetto di diritto, e se è quindi la “capacità attiva” a determinare l'appartenenza ad una comunità morale composta da agenti capaci di reciproci diritti e doveri, nascituri, minori, interdetti, persone in stato vegetativo, defunti, generazioni future e animali (esseri ritenuti incapaci di pensiero razionale e di processo decisionale) vengono considerati agenti passivi, soggetti cioè “per estensione” e non “per essenza”⁵³, quando non meri «“oggetti” di beneficenza di “agenti morali”»⁵⁴.

Si può così comprendere come, in questo contesto, la soggettività non solo veicola discriminazione fra gli uomini, ma si pone anche come strumento di emarginazione e di reificazione del vivente non umano, in quanto elemento passivo (*rectius: res extensa*) su cui l'uomo può esercitare appieno il proprio potere e la propria volontà⁵⁵.

5. Soggetto e interesse

A rigetto della correlazione tra soggetto di diritto e persona astratta e delle “stravaganze libertarie” che la teoria della volontà poteva concedere, due essenziali passaggi (benché mossi su piani teorici diversi) si affermano nel pensiero giuridico contemporaneo: la frammentazione del soggetto e gli sviluppi della teoria dell'interesse.

Il primo profilo, indice primario del processo di costituzionalizzazione del diritto civile avviatosi in Italia agli inizi degli anni Sessanta, è tanto noto da poter apparire scontato: il bisogno di dare attuazione ai principi costituzionali per tutelare la personalità e la persona umana quale «valore dei valori, all'apice della gerarchia»⁵⁶ ha condotto al risveglio degli istituti di protezione (dell'anziano, del bambino, del disabile, del consumatore, del corpo umano, delle minoranze etniche, ecc.) che giacevano nascosti sotto l'imperio della figura astratta e unitaria del soggetto di diritto⁵⁷.

Il secondo profilo merita invece in questa sede più attenzione.

Dobbiamo a Léon Michoud (1855-1916) l'idea secondo la quale il soggetto è costituito dall'esistenza di un interesse proprio e di un organo in grado di attuarlo⁵⁸, mentre è grazie a René Demogue (1872-1938) che la categoria del soggetto di diritto perde definitivamente la sua unità strutturandosi nella distinzione fra il *sujet de jouissance* (“l'agente” o “il rappresentante”, ossia la persona razionale viva, considerata individualmente o in gruppo) e il *sujet de disposition* («qualunque entità con un interesse protetto dalla legge»)⁵⁹.

Entrambe le proposte si pongono in continuità con la rivoluzione intrapresa da Jhering per superare l'individualismo liberale della teoria della volontà⁶⁰, ed entrambe le proposte dialogano con le tesi

⁵² GOROVITSEFF 1926, 883.

⁵³ Così ZATTI 2009, 115 s.

⁵⁴ PALAZZANI 2017, 107 ss. Per un riassunto degli sviluppi della teoria della volontà in autori come Herbert Hart, Hans Kelsen, Carl Wellman e Hillel Steiner, cfr. WENNAR 2020.

⁵⁵ Sul punto, per un primo inquadramento critico, cfr. MARELLA 1998; MÍGUEZ NÚÑEZ 2017. Su questa scia, non deve trascurarsi come il dispositivo del diritto soggettivo, imperniato sull'individualità e sul volere, emargina anche «il molteplice, i collettivi non entificati, gli assemblaggi, gli ibridi» dalla giuridicità, i quali restano «giuridicamente intrattabili». Così SPANÒ 2020, 118.

⁵⁶ PERLINGIERI 1972, 27.

⁵⁷ Vedi, per tutti, STANZIONE 2017, 74 ss., nonché *supra* nt. 12.

⁵⁸ MICHOD 1906.

⁵⁹ DEMOGUE 1911, 345, 369 s., 376.

⁶⁰ Tema su cui rinvio all'attenta ricostruzione di LLOREDO ALIX 2012, 343 ss. Va altresì ricordato l'influenza di BEKKER 1873, nella costruzione concettuale di Michoud, Demogue e Saleilles. È infatti Bekker il primo a proporre la separazione e distribuzione delle diverse funzioni di un diritto (titolarità ed esercizio) in capo a soggetti diversi. In tema cfr. ROSS 1990, 171.

(Bentham, Raz, Feinberg, Kramer) che conferiscono titolarità di situazioni giuridiche a coloro che possiedano un interesse (ovvero siano i beneficiari di un dovere) capace di essere rappresentato⁶¹.

Tutto ciò è sufficiente per attestare che non sono ormai i tradizionali indicatori dell'autonomia e della reciprocità a determinare la ragione e l'essenza dei diritti, ma il bisogno di proteggere e garantire interessi valutati come fondamentali⁶². E dato che in questo nuovo quadro concettuale «nulla impedisce che il diritto riconosca come interesse protetto da un diritto soggettivo qualcosa di diverso da un interesse umano»⁶³, è facile prospettare che la teoria dell'interesse lasci interamente aperta la gamma di entità che possono essere racchiuse entro i confini del soggetto⁶⁴.

Ecco quindi l'elementare conseguenza che emerge dalla tesi in esame: la soggettività è intesa come una sintesi degli effetti giuridici, attribuiti a posizioni giuridiche variabili, ritenute meritevoli di tutela a prescindere dall'elemento corporeo o dal riferimento, antropomorfo, all'individuo della specie umana⁶⁵. L'esistenza di soggetti (*de jouissance* o, utilizzando la proposta concettuale di MacCormick, dotati di *pure passive capacity*⁶⁶) diversi dall'essere umano vivente è da ricercarsi nell'utilità o finalità del diritto, cioè nell'interesse giuridicamente protetto che si collega a una facoltà di godimento o posizione di vantaggio. In questa prospettiva, protagonista fondamentale della norma giuridica diviene il “soggetto dell'interesse” e non più chi adotta la condotta prescritta dalla norma (“soggetto dell'azione”). Sicché, come precisato da Basile e Falzea, per identificare il soggetto «effettivo e sostanziale della norma bisogna guardare al portatore dell'interesse in favore del quale il diritto si è mosso e non a chi è chiamato ad agire per la realizzazione di quell'interesse»⁶⁷.

Si incrina così il ruolo decisivo della volontà come criterio definitorio della soggettività giuridica, la quale diviene rilevante «tout au plus, pour la mise en œuvre du droit»⁶⁸. E si apre il discorso alla soggettività dei non nati, dei defunti, dell'umanità, delle generazioni future, degli animali, esseri partecipi del vasto universo della “titolarità del godimento”, attributo proprio di ogni entità alla quale la legge riconosca “l'utilità di un diritto” o, persino, di ogni essere “capace di soffrire”⁶⁹.

Nel 1938, sul solco delle formulazioni più positivistiche e analitiche della soggettività, un apunto del comparatista ungherese Alexander Nékám è utile a rafforzare il passaggio verso la dissociazione definitiva della soggettività rispetto da ogni substrato volitivo: «[t]he only circumstance which makes a subject of rights of something is the fact that it is looked upon by the community as a unit having interests which need and deserve social protection»⁷⁰.

Il cerchio dell'interesse può dirsi chiuso: la nozione del soggetto di diritto si allarga o restringe a seconda che siano o meno positivizzati i giudizi morali di certi ceti, i quali agirano in rappresentazione dell'interesse giuridificato.

Siamo così approdati a un significativo sviluppo della nozione del soggetto che proietta soluzioni per tutelare le entità “incerte”, “scomode” o ‘intermedie’: è il caso degli animali, di certe porzioni del mondo naturale e delle generazioni future⁷¹.

⁶¹ MÍGUEZ NÚÑEZ 2018, 102 ss. Per una panoramica aggiornata della teoria degli interessi cfr. KURKI 2019, 62 ss.

⁶² PISANÒ 2013, 528 s.

⁶³ ROSS 1990, 172.

⁶⁴ Così KRAMER 2001, 90 s.

⁶⁵ Cfr. per tutti, MAZZONI 2016, 5 s.

⁶⁶ MACCORMICK 2007, 77.

⁶⁷ BASILE, FALZEA 1983, 265.

⁶⁸ DEMOGUE 1911, 325.

⁶⁹ DEMOGUE 1911, 331 s. Su questa scia Carbonnier aggiungerà che «[I]es personnes, au sens juridique du terme, sont les êtres capables de jouir de droits; ce sont, d'une expression équivalente, les sujets de droit». CARBONNIER 2000, 11.

⁷⁰ NÉKÁM 1938, 29.

⁷¹ Cfr. PIETRZYKOWSKI 2018, 16, 45 ss., ma anche la soluzione eclettica, intermedia tra “persone e cose” suggerita da FARJAT 2002 e da SPANÒ 2020. Per un'applicazione teorica delle premesse avanzate da Demogue rinvio ai riferimenti bibliografici riportati in MÍGUEZ NÚÑEZ 2018, 102.

6. Natura, interessi e diritti

La tecnica del diritto civile si confronta spesso con il tema dell'interesse laddove identifica un'entità da tutelare⁷². Specularmente, la soggettività tende spesso a evolversi laddove le società colgono tale necessità. La discussione contemporanea intorno alla tutela di un interesse autonomo in capo all'embrione, agli animali "esseri senzienti", a figure atipiche come il condominio, le chimere o le generazioni future ne dà prova⁷³.

Senza voler qui approfondire le singole ragioni alla base di questi dibattiti, preme rilevare come le odierne scelte (teoriche e operative) relative all'allargamento della soggettività non siano ormai legate alla tradizionale necessità di tutelare interessi patrimoniali (più o meno altruistici) dell'ente soggettivizzato o delle persone sottostanti, quanto piuttosto a garantire interessi che realizzino il principio solidaristico ed eco-democratico⁷⁴.

Tale è lo spirito che anima l'introduzione di nuovi soggetti attraverso il Codice Unico del Terzo settore (d.lgs. n. 117 del 2017), strumento essenziale di incentivo e di tutela dell'autonoma iniziativa dei cittadini per lo svolgimento di attività di interesse generale in applicazione del principio della sussidiarietà orizzontale. E tale, venendo al *clou* del nostro discorso, è la *ratio* alla base del proliferare degli interventi legislativi e giurisprudenziali che nelle esperienze comparate riconoscono soggettività alla natura, alle sue singole componenti o alle generazioni future. Valga come esempio l'ordinanza adottata nel 2010 dal Consiglio comunale della città di Pittsburgh che sulla base degli «inalienable and fundamental rights to exist and flourish» delle comunità naturali e degli ecosistemi, vieta alle *corporations* l'attività di *fracking*⁷⁵. O il tentativo della Corte costituzionale colombiana di porre fine all'utilizzo intensivo e su vasta scala di metodi di estrazione mineraria e di sfruttamento forestale attraverso la dichiarazione del fiume Atrato, insieme al suo bacino e affluente, entità «soggetto di diritti a protezione, conservazione, mantenimento e ripristino a carico dello Stato e delle comunità locali»⁷⁶. Avviene così che impulsi volti a far fronte al fenomeno dell'estensione del capitalismo estrattivo e all'esercizio irrazionale e irresponsabile della proprietà (che isola il *dominus* dagli interessi esterni) si concretizzano in nuove forme di giuridificazione del vivente che pongono sullo stesso livello di protezione la salvaguardia dei diritti fondamentali delle comunità locali e l'equilibrio naturale dei territori in cui esse vivono⁷⁷.

Ora, all'interno del fertile ventaglio teorico che nutre questa tendenza⁷⁸, una riflessione torna doverosa a proposito del suo risultato più lampante: l'interrelazione fra l'uomo e il vivente non umano viene messa in atto. Tramite il ricorso ad altre scienze il diritto "ascolta" la natura e tramite l'astrazione del soggetto essa viene "rappresentata" e "istituita" quale "essere sociale"⁷⁹. Questo punto è essenziale non solo in quanto applicazione concreta della solidarietà tra le gene-

⁷² È utile, in merito, il bilancio critico di LIPARI 2015, 78 ss.

⁷³ Vedi, per esempio, le recenti riflessioni di MARTINI (2017, 135), SCARPA (2017, 15 ss.) e MONTEROSSO (2020, 185 ss.). In via più generale, vedi anche le considerazioni teoriche di PIETRZYKOWSKI 2018 e KURKI 2019.

⁷⁴ Per un'applicazione alla luce della soggettività della natura non umana cfr. GRAY, CURRY 2020.

⁷⁵ Pratica inquinante e dannosa consistente nell'iniettare ad alta pressione nel sottosuolo acqua e altre sostanze chimiche in modo da forzare l'apertura di fessure esistenti per estrarre petrolio e gas dai depositi scisti. L'ordinanza diviene modello per molti comuni nonché motivo di fiorenti contenziosi che vedono contrapporsi il diritto dei cittadini alla difesa del loro territorio e quello delle società commerciali all'esercizio di attività economiche estrattive costituzionalmente garantite. Paradigmatico, in merito, è il caso *Pennsylvania General Energy Company, L.L.C. v. Grant Township*, C.A. n. 14-209, 2015 U.S. Dist. LEXIS 139921 (W.D. Pa. Oct. 14, 2015).

⁷⁶ Sentenza T-622, 10/11/2016.

⁷⁷ In tema è oggi impossibile non accennare all'approccio olistico della conservazione (proprio del concetto emergente dei diritti bioculturali) che tiene conto della profonda relazione tra diversità biologica e culturale. Ragiona sul punto, da diverse prospettive, il lucido contributo di SAJEVA 2018, capp. 4 e 5.

⁷⁸ Dignità, senzienza, capacità di comunicare, interesse in fiorire, tra le altre. Cfr. PIETRZYKOWSKI 2018; KURKI 2019; TOUZEIL-DIVINA 2019; DE MARZO 2017, 117 ss.; MAZZONI 2019, 113 ss.

⁷⁹ In tema cfr. le pionieristiche riflessioni di HERMITTE, EDELMAN 1988. Insiste oggi sul punto ROCHFELD 2019, 163 e ancora HERMITTE 2019.

razioni e tra le varie specie, ma soprattutto perché presuppone che ogni forma di vita sia legata dalla stessa necessità di sostenibilità, ossia, nel linguaggio di Amartya Sen, dalla necessità di giustizia intesa come capacità alla sostenibilità ecologica. Si espleta in questo senso un principio essenziale dell'*Earth Jurisprudence*: la costruzione di una civiltà basata su principi ecologici di sostenibilità e di collaborazione con il mondo naturale⁸⁰.

Ciò posto, e senza addentrarci nel complesso dibattito sulle riserve antropocentriche che il discorso introduce⁸¹, quel che preme notare è che questo nuovo modo di “istituire” la natura si prospetta come un indizio risolutivo della permeabilità del discorso bio ed ecocentrico all’interno del diritto positivo⁸². In esso, si riscontra la crescente consapevolezza che gli esseri umani siano parte e dipendano da una più ampia comunità di vita (la Terra) e che il diritto debba agire per garantire lo sviluppo e la salvaguardia di ogni sua componente, ivi compresa la parte umana⁸³. In quest’ottica si inquadrano le teorie che delineano un ripensamento del rapporto uomo/natura volto ad incorporare quei molteplici valori (solidarietà, democrazia, dignità, uguaglianza, autodeterminazione, sostenibilità) che consentano di sviluppare le capacità dei consociati, nonché la “fioritura” di ogni singolo componente della comunità biotica⁸⁴.

7. Interrelazione e diritto civile

Misuriamo la portata del fenomeno appena accennato prendendo come esempio i più recenti sviluppi che toccano il diritto privato.

Va anzitutto rilevato che la nuova consapevolezza legata all’interdipendenza degli elementi naturali si associa alla rilevanza assunta dal suolo come fonte per l’uomo di beni, di risorse e dei c.d. servizi ecosistemici, ossia di quelle «funzioni svolte da una risorsa naturale a favore di altre risorse naturali e/o del pubblico» (art. 302, comma II, d.lgs. 152/06)⁸⁵. Si comprende in quest’ottica la valenza polisemica che caratterizza il bene suolo, il quale, come osserva Pennasilico, oltrepassa

«l’accezione giuridico formale e assume una caratura etico-politica, che identifica nella terra il punto di incidenza di aspirazioni individuali e collettive per un più elevato benessere spirituale e materiale, il bene da conservare nella sua sostanziale integrità, in quanto patrimonio da trasmettere alle future generazioni»⁸⁶.

Sulla scorta di questa impostazione, deve notarsi la progressiva qualificazione – operata dalla legislazione regionale e dalla Corte costituzionale – del “suolo agricolo” come bene multifunzionale, in grado di produrre un flusso di beni e servizi utili alla riproduzione delle risorse di base e di assicurare servizi collegati al benessere della popolazione⁸⁷. Di qui, del resto, la progressiva diffusione nella legislazione regionale della qualificazione del suolo come «bene comune di fondamentale importanza per l’equilibrio ambientale, la salvaguardia della salute, la produzione

⁸⁰ Cfr. Relazione di sintesi degli esperti su *Harmony with Nature*, dedicato all'*Earth Jurisprudence* (United Nations General Assembly, A/71/266), disponibile in <http://www.harmonywithnatureun.org>, consultato il 22/10/2020.

⁸¹ Si pensi all’individuazione dell’entità “interessata” o alla finalità remota della tutela, per accennare le più ovvie.

⁸² Cfr. MATTEI, CAPRA, 2015; ma anche MATTEI, QUARTA, 2018; MEYNIER 2020, 55 ss.

⁸³ GREENE 2020, 80, rifacendosi a diversi passaggi dell’opera di Thomas Berry.

⁸⁴ Così, a proposito della lettura eco-solidale della proprietà della terra, ALEXANDER 2018; SINGER 2014.

⁸⁵ In questo contesto va sottolineato che l’art. 24 del d.lgs. 152/06 attribuisce alla valutazione ambientale dei progetti, tra le varie finalità, quella di «conservare la capacità di riproduzione degli ecosistemi in quanto risorse essenziali per la vita».

⁸⁶ PENNASILICO 2014, 93.

⁸⁷ GASPARRI 2020, 426 ss., 430, 459.

agricola finalizzata alla alimentazione umana e/o animale, la tutela degli ecosistemi naturali e la difesa dal dissesto idrogeologico» (l. reg. Lombardia, 28 novembre 2014, n. 31).

A livello europeo giova poi ricordare che la disciplina della tutela ambientale istituita dalle direttive 92/43/CEE (c.d. “direttiva Habitat”) e 79/409/CEE (riguardante la conservazione degli uccelli selvatici) e diffusa attraverso la costituzione di *Zone speciali di conservazione* (ZSC, denominata *Natura 2000*) e *Zone di protezione speciale* (ZPS) ha posto il quesito della gestione della convivenza degli umani e non umani su uno stesso territorio ribadendo la necessità di integrare le misure dei governi con iniziative private che prendano in considerazione le esigenze ecologiche degli *habitat* interessati. In tal senso, in recenti novelle legislative come quelle relative al *derecho real de conservación ambiental* cileno, alla *charge fonciere* del diritto svizzero, ai *derechos de aprovechamiento parcial* previsti in Catalogna, Navarra e Aragona, ai *conservation burdens* del diritto scozzese o all’*obligation réelle environnementale* francese, si rilevano adeguati dispositivi per mettere in atto il principio della conservazione privata delle terre e della connettività degli ecosistemi⁸⁸.

Nella stessa logica, la legge francese del 2016 *pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages* (n. 2016-1087) rafforza l’obiettivo della coesistenza sostenibile tra esseri umani e non umani riaffermando il «principio de la solidarietà ecologica» il quale si esplicita in un invito a tener conto «dans toute prise de décision publique ayant une incidence notable sur l’environnement des territoires concernés, les interactions des écosystèmes, des êtres vivants et des milieux naturels ou aménagés»⁸⁹.

Anche la tematica della responsabilità civile si muove in questa direzione. Sempre in Francia, la risarcibilità del pregiudizio ecologico (introdotto dalla Corte d’Appello Parigi con la sentenza del 30 marzo 2010 e poi recepito nel *Code* per via della citata legge del 2016⁹⁰) consente la riparazione del pregiudizio c.d. “oggettivo”, cioè il pregiudizio cagionato agli elementi o alle funzioni degli ecosistemi, il quale può prescindere da una ripercussione su un interesse umano particolare, ivi compreso quello dei soggetti che perseguono la sua riparazione in giustizia. È quindi interessante costatare come in forza della connessione sistemica del vivente, non solo il pregiudizio personale, soggettivo, è coinvolto nei casi di attentati alla biodiversità o ai “servizi ecologici”: all’interesse collettivo, all’interesse privato, si aggiunge l’interesse dell’ambiente, attuandosi la risarcibilità di un danno di natura olistica.

Infine, ad un esito non diverso si giunge considerando la tematica dei beni comuni, riferimento obbligato nell’ambito dell’odierna discussione del rapporto con la natura⁹¹.

È fuor di dubbio che la qualifica di un bene come bene comune debba essere accompagnata dall’individuazione del soggetto gestore (da cui la conferma della dicotomia oggetto/soggetto), ma ciò non vieta di adottare un approccio olistico che punti all’eclissi delle barriere fra oggetto e soggetto, fra natura e cultura.

Come si può notare, il comune è categoria «autenticamente relazionale, fatta da rapporti fra individui, comunità, contesti e ambienti» e richiede perciò «una lettura olistica, che colga appieno gli inestricabili nessi con la comunità di riferimento e con le altre comunità ad essa congiunte o che ad essa si sovrappongono»⁹². Ha pertanto giustamente ragione Marella nel ribadire che:

«un bene comune si trova in una relazione circolare con una comunità di riferimento: comunità e risorsa sono reciprocamente costitutive, e sono altresì entità eminentemente relazionali, strutturate al

⁸⁸ Cfr. MÍGUEZ NÚÑEZ 2019b.

⁸⁹ Così leggiamo nel nuovo testo dell’art. 110-1 comma 2, n. 6 del *Code de l’environnement*.

⁹⁰ Ai sensi dell’art. 1247 c.c. nel nuovo testo fissato dalla legge n. 2016-1087 *pour la reconquête de la nature, de la biodiversité et des paysages*, 08/08/2016: «Est réparable, dans les conditions prévues au présent titre, le préjudice écologique consistant en une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l’homme de l’environnement».

⁹¹ RODOTÀ 2018, 130; FANETTI 2019, 129 ss.

⁹² MATTEI 2011, 54, 62.

loro interno da legami di solidarietà sociale, sicché è fuorviante ordinare il rapporto reciproco in termini di soggettività giuridica, da una parte, e oggetto di diritti, dall'altra»⁹³.

Se infatti un bene è comune perché esprime «utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona» e se deve essere tutelato e salvaguardato dall'ordinamento giuridico «anche a beneficio delle generazioni future»⁹⁴, la sua soggettivizzazione "impersonale" o "universale" non può che essere coerente a una sua "oggettivizzazione generale" (il destino o utilità del bene). E proprio perché le funzioni associate al bene comune consentono di comprenderlo nella categoria di beni "destinati" o "vincolati" all'interesse generale, il discorso dei beni imperniato sui "diritti di" godimento e disposizione viene sostituito da un ragionamento fondato sui "diritti a": all'accesso, alla preservazione e alla trasmissione delle risorse naturali in capo alla collettività presente e futura. Diritto, insomma, all'interrelazione.

Torniamo, a conclusione di queste righe, al punto di partenza: il soggetto.

L'emergere dei "diritti di interrelazione" mostra che l'interesse a veder fiorire e sviluppare le proprie capacità rende ogni componente della comunità biotica un potenziale candidato alla soggettività. Sotto questo profilo, appare chiaro che uomini e natura non umana possono essere intesi come un unico, interdipendente e non gerarchizzato conglomerato di mutui interessi meritevoli di tutela. Da ciò la ragionevolezza di attribuire «rights to Nature as a whole – to the system upon which the Earth itself depends even if not every element of that system independently deserves the status of right holder»⁹⁵.

È significativo però rammentare che la tecnica che soggettivizza è solo una delle tante vie percorse dalla giuridicità per afferrare l'"animismo" e "artificializzare" la natura⁹⁶. Non si tratta, allora, di esaurire l'interrelazione nell'esclusivo terreno del soggetto di diritto, bensì di costruire uno strumentario "ecologico" multiplo, libero da premesse astratte e utilitaristiche, capace di diramarsi nell'intero tessuto del diritto privato. Proprio la riflessione finora svolta mette in evidenza che le tecniche di tutela e di rappresentazione che si prospettano a tale scopo sono già in atto. Esse condividono l'adozione di un quadro teorico basato sui limiti della concezione puramente utilitarista della natura, sul passaggio dalla visione dell'ambiente "oggetto" all'ambiente "sistema" e sulla "cooperazione" o "simbiosi" tra l'uomo e gli ecosistemi. Esse incrinano le fondamenta e il contenuto della divisione persona/cosa e del riduzionismo giuridico di ispirazione capitalistica che hanno operato l'oggettivizzazione della vita esterna al *dominus* nella giuridicità occidentale⁹⁷. L'interrelazione, in altre parole, attenua l'opposizione fra soggetti e oggetti, fra natura interna (umana) ed esterna (non umana) ponendosi come antidoto contro gli eccessi della concezione reificante, riduttiva e utilitarista del creato.

Si rivela, dunque, quanto mai attuale la valenza di un perspicuo monito rodotiano: «diritti, [soggetti] e beni non possono essere considerati distanti fra di loro, ma sono sempre più connessi da legami di reciprocità»⁹⁸.

⁹³ MARELLA 2020, 72. Simili rilievi sono formulati da Nivarra secondo cui «rispetto all'ambiente, risulta impossibile distinguere tra un "dentro" e un "fuori": l'ambiente, infatti, inteso come insieme delle condizioni naturali necessarie alla sopravvivenza della specie è ovunque, è il "comune" per definizione, un "comune" al quadrato che penetra dappertutto, anche nello spazio fisico assegnato al proprietario» (NIVARRA 2011, 76 s.).

⁹⁴ Disegno di legge delega elaborato dalla Commissione Rodotà, Art. 1, comma 3, lett. c) della proposta di legge, reperibile sul sito https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.page?contentId=SPS47624&previousPage=mg_1_12_1.

⁹⁵ SCHULZ, RAMAN 2020, 213.

⁹⁶ HERMITTE 2018, 265 ss.

⁹⁷ In questo senso mi sono espresso in MÍGUEZ NÚÑEZ 2019a, 382.

⁹⁸ RODOTÀ 2018, 90.

Riferimenti bibliografici

- ALEXANDER G.S. 2018. *Property and Human Flourishing*, Oxford University Press.
- ALPA G. 1993. *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Laterza.
- BALOCCHI E. 1988. *Animali (protezione degli)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, II, Istituto della Enciclopedia italiana.
- BASILE M. 2014. *Le persone giuridiche, Trattato di diritto privato*, in IUDICA-ZATTI (eds.), Giuffrè.
- BASILE M., FALZEA A. 1983. *Persona giuridica (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIII, Giuffrè, 234 ss.
- BEKKER E.I. 1873. *Zur Lehre vom Rechtssubjekt*, in «Jahrbuch für die Dogmatik», XII, 1873, 1 ss.
- BERNARDINI M.G. 2020. *Soggetti forti vs. soggetti deboli? Sulla persistente (in)attualità di una fortunata distinzione concettuale*, in BILOTTA F., RAIMONDI F. (a cura di), *Il soggetto di diritto. Storia ed evoluzione di un concetto nel diritto privato*, Jovene, 145 ss.
- BETTI E. 2002. *Teoria generale del negozio giuridico*, ristampa, E.S.I.
- BOBBIO N. 1990. *La età dei diritti*, Einaudi, 2014.
- BROŽEK B. 2017. *The Troublesome ‘Person’*, in KURKI V.A.J., PIETRZYKOWSKI T. (eds.), *Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn*, Springer, 3 ss.
- CAMPBELL T. 2006. *Rights: a critical introduction*, Routledge.
- CARBONNIER J. 1955. *Droit civil, I Les personnes*, Puf, 2000.
- CARBONNIER J. 1989. *Sur les traces du non-sujet de droit*, in «Archives de philosophie du droit», 34, 1989, 198 ss.
- COSTA P. 1999. *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa, 1, Dalla civiltà comunale al Settecento*, Laterza.
- DE MARZO G. 2017. *Per amore della terra. Libertà, giustizia e sostenibilità ecologica*, Castelvecchi.
- DEMOGUE R. 1909. *La notion de sujet de droit, caractère et conséquences*, in «Revue trimestrielle de droit», 3, 1909, 611 ss.
- DEMOGUE R. 1911. *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, A. Rousseau.
- FALZEA A. 1960. *Capacità (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, VI, Giuffrè, 8 ss.
- FANETTI S. 2019. *Ambiente e beni comuni. Contenimento del consumo di suolo e riflessi sulla proprietà privata in un’ottica di diritto comparato*, Giuffrè.
- FARJAT G. 2002. *Entre les personnes et les choses, les centres d’intérêts (prolégomènes pour une recherche)*, in «Revue trimestrielle de droit civil», 2, 2002, 221 ss.
- FROSINI V. 1970. *Soggetto di diritto*, in *Novissimo digesto italiano*, XVII, Utet, 813 ss.
- GALGANO F. 1995. *Persona giuridica*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, XIII, Utet, 392 ss.
- GAMBARO A. 1990. *La proprietà*, in *Tratt. dir. priv. a cura di Iudica-Zatti*, 2 edizione, Giuffrè, 2017.
- GASPARRI W. 2020. *Consumo di suolo e sviluppo sostenibile nella destinazione agricola dei suoli*, in «Diritto pubblico», 2, 2020, 422 ss.
- GIANTURCO E. 1884. *Sistema di diritto civile italiano, Parte generale*, 3 edizione, Luigi Pierro Editore, 1909.
- GORLA G. 1948. *Commento a Tocqueville. L’idea dei diritti*, Giuffrè.
- GOROVITSEFF M.A. 1926. *La lutte autour de la notion de sujet de droit. Exposé critique des doctrines générales actuelles sur le sujet de droit*, in «Revue trimestrielle de droit civil», 1926, 881 ss.

- GRAY J., CURRY P. 2020. *Ecodemocracy and Political Representation for Non-human Nature*, in KOPNINA H., WASHINGTON H. (eds.), *Conservation. Integrating Social and Ecological Justice*, Springer, 155 ss.
- GRAY J.C. 1909. *The Nature and Sources of the Law*, Columbia University Press.
- GRAZIADEI M. 2001. *Diritto soggettivo, potere, interesse*, in ALPA G. et al., *Il diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco*, Utet, 3 ss.
- GREENE H. F. 2020, *Conceptual Frameworks of Earth Law*, in ZELLE A.R. et al. (eds.), *Earth Law. Emerging Ecocentric Law. A guide for Practitioners*, Wolters Kluwer, 65 ss.
- GUEVARA-GIL A., VERONA-BADAJOS A., *Si no hay sujeto, no hay derecho. La negación de la historicidad del sujeto indígena y la consulta previa en el Perú*, in «forum historiae iuris», disponibile in <https://forhisiur.de/2018-12-guevara-gil-verona-badajoz/?l=es> (consultato il 20/11/20).
- GUZMÁN BRITO A. 2012. *Los orígenes de la noción de sujeto de derecho*, Temis.
- HERMITTE M.-A. 2018. *Artificialisation de la nature et droit(s) du vivant*, in DESCOLA P. (ed.), *Les natures en questions*, Odile Jacob.
- HERMITTE M.-A. 2019. *Laissons les arbres planter du droit!*, in «Revue méditerranéenne de droit public», X, 2019, 67 ss.
- HERMITTE M.-A., EDELMAN B. 1988. *L'homme, la nature et le droit*, Burgois.
- HOLMES O.W. 1881. *The Common Law*, Dover, 1991.
- KANT I. 2005. *Primi principi metafisici della dottrina del diritto*, a cura di F. GONNELLI, Laterza (ed. or. *Metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre*, Nicolovius, 1798, trad. it. di F. Gonnelli).
- KELSEN H. 2000. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi (ed. or. *Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Frank Deuticke Verlag, 1934, trad. it. di R. Treves).
- KESBY A. 2012. *The Right to Have Rights: Citizenship, Humanity and International Law*, Oxford University Press.
- KURKI V.A.J. 2019. *A Theory of Legal Personhood*, Oxford University Press.
- LA FOLLETTE C., MASER C. 2017. *Sustainability and the Rights of Nature. An introduction*, CRC Press.
- LA TORRE M. 1996. *Le disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Giuffrè.
- LIND D. 2009. *Pragmatism and Anthropomorphism: Reconceiving the Doctrine of the Personality of the Ship*, in «University of San Francisco Maritime Law Journal», 22, 2009, 39 ss.
- LIND D. 2015. *The Pragmatic Value of Legal Fictions*, in DEL MAR M., TWINING W. (eds.), *Legal fictions in theory and practice*, Springer, 83 ss.
- LIPARI N. 2015. *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè.
- LLOREDO ALIX L. 2012. *Rudolf Von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, Dykinson.
- MACCORMICK N. 2007. *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press.
- MARELLA M.R. 1998. *Note critiche in tema di soggettività giuridica e diversità*, in «Politica del diritto», 4, 1998, 596 ss.
- MARELLA M.R. 2020. *Antropologia del soggetto di diritto. Note sulle trasformazioni di una categoria giuridica*, in BILOTTA F., RAIMONDI F. (a cura di), *Il soggetto di diritto. Storia ed evoluzione di un concetto nel diritto privato*, Jovene, 47 ss.
- MARTINI G. 2017. *La configurabilità della soggettività animale: un possibile esito del processo di "giuridificazione" dell'interesse alla loro protezione*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1, 2017, 109 ss.
- MATTEI U. 2011. *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza.

- MATTEI U., CAPRA F. 2015. *The Ecology of the Law. Towards a Legal System in Tune with Nature and Community*, Berrett-Koehler.
- MATTEI U., QUARTA A. 2018. *Punto di svolta. Ecologia, tecnologia e diritto privato. Dal capitale ai beni comuni*, Aboca (ed. or. *The Turning Point of Private Law. Ecology, Technology and the Commons*, Edward Elgar, 2018, trad. it. di I. Mattei).
- MAZZONI C.M. 2016. *La persona fisica*, in *Tratt. dir. priv. a cura di Iudica-Zatti*, Giuffrè.
- MAZZONI C.M. 2019. *Quale dignità. Il lungo viaggio di un'idea*, Olschki.
- MEYNIER A. 2020. *Réflexions sur les concepts en droit de l'environnement*, LGDJ.
- MICHOUD L. 1906. *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. 1, LGDJ.
- MÍGUEZ NÚÑEZ R. 2017. *La vocazione giuridica di un'enciclica ecologica: note civilistiche a proposito della Laudato si'*, in «Politica del diritto», 2, 2017, 267 ss.
- MÍGUEZ NÚÑEZ R. 2018. *Le avventure del soggetto. Contributo teorico-comparativo sulle nuove forme di soggettività giuridica*, Mimesis.
- MÍGUEZ NÚÑEZ R. 2019a. *Natura, danno, soggetti. Riflessioni in tema di giustizia ecologica*, in «Corti supreme e salute», 2, 2019, 367 ss.
- MÍGUEZ NÚÑEZ R. 2019b. *Note minime per una conversione ecologica della proprietà del suolo*, in «Rassegna di diritto civile», 4, 2019, 1072 ss.
- MONTEROSSO M.W. 2020. *L'orizzonte intergenerazionale del diritto civile. Tutela, soggettività, azione*, Edizioni ETS.
- NAFFINE N. 2009. *Laws Meaning of Life: Philosophy, Religion, Darwin and the Legal Person*, Hart.
- NÉKÁM A. 1938. *The Personality Conception of the Legal Entity*, Harvard University Press.
- NIVARRA L. 2011. *Alcune riflessioni sul rapporto fra pubblico e comune*, in MARELLA M.R. (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, ombre corte, 69 ss.
- OPPO G. 2002. *Declino del soggetto e ascesa della persona*, in «Rivista di diritto civile», 2002, 829 ss.
- ORESTANO R. 1978. *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche: scienza del diritto e storia*, il Mulino.
- PALAZZANI L. 2017. *Person and Human Being in Bioethics and Biolaw*, in KURKI V.A.J., PIETRZYKOWSKI T. (eds.), *Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn*, Springer, 105 ss.
- PELLIZZI G.L. 1993. *Soggettività giuridica*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXIX, Istituto della Enciclopedia italiana.
- PENNASILICO M. 2014. *Il bene "terra" e la "proprietà ambientale"*, in ID. (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, E.S.I., 92 ss.
- PERLINGIERI P. 1972. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, E.S.I.
- PIETRZYKOWSKI T. 2018. *Personhood Beyond Humanism. Animals, Chimeras, Autonomous Agents and the Law*, Springer.
- PISANÒ A. 2013. *Generazioni future (Parte giuridica)*, in *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, VI, E.S.I., 520 ss.
- PISTOR K. 2019. *The Code of Capital. How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton University Press.
- POUND R. 1949. *Jurisprudence. The end of law*, West.
- PROSPERO M. 2009. *Filosofia del diritto di proprietà*, vol. II, *Da Hegel a Kelsen*, FrancoAngeli.
- PROSPERO M. 2010. *Il pensiero giuridico di Kelsen: normativismo e diritto privato*, in «Studia Politica: Romanian Political Science Review», 10(4), 2010, 709 ss.
- PUCHTA G.F. 1854. *Corso delle istituzioni*, II, Tip. all'insegna del Diogene (ed. or. *Cursus der*

- Institutionen*, II, Verlag von Breitkopf und Härtel, 1842, trad. it. di A. Turchiarulo).
- RESCIGNO P. 2010. *Soggetti e persona*, in TESCIONE F. (a cura di), *Persona e soggetto: il soggetto come fattispecie della persona*. Atti del Convegno 7-8 ottobre 2008, E.S.I., 21 ss.
- ROCHFELD J. 2019. *Justice pour le climat! Les nouvelles formes de mobilisation citoyenne*, Odile Jacob.
- RODOTÀ S. 2007. *Dal soggetto alla persona. Trasformazioni di una categoria giuridica*, in «Filosofia politica», 21, 2007, 365 ss.
- RODOTÀ S. 2018. *Vivere la democrazia*, Laterza.
- ROSS A. 1990. *Diritto e giustizia*, Einaudi (ed. or. *On Law and justice*, Stevens, 1958, trad. it a cura di G. Gavazzi).
- ROUTLEDGE R.A. 1982. *The Legal Status of the Jews in England 1190-1790*, in «The Journal of Legal History» 3, 1982, 91 ss.
- SAJEVA G. 2018, *When Rights Embrace Responsibilities: Biocultural Rights and the Conservation of Environment*, Oxford university Press.
- SALMOND J.W. 1902. *Jurisprudence*, Stevens & Haynes.
- SCARPA A. 2017. *La natura giuridica*, in CELESTE A., SCARPA A. (eds.), *Il condominio negli edifici*, Giuffrè, 1 ss.
- SCHULZ W.F., RAMAN S. 2020. *The Coming Good Society. Why New Realities Demand New Rights*, Harvard University Press.
- SINGER J.W. 2014. *Property as the Law of Democracy*, in «Duke Law Journal», 63, 2014, 1287 ss.
- SPANÒ M. 2020. «Perché non rendi poi quel che prometti allora?». *Tecniche e ideologie della giuridificazione della natura*, in Thomas Y., Chiffolleau J., *L'istituzione della natura*, a cura e con un saggio di Michele Spanò, Quodlibet, 105 ss.
- STANZIONE P. 2017. *Il soggetto, II. Capacità, legittimazione, status*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, Giuffrè.
- TALLACCHINI M. 1996. *Diritto per la natura. Ecologia e filosofia del diritto*, Giappichelli.
- TEUBNER G. 2015. *Ibridi ed attanti. Attori collettivi ed anti non umani nella società e nel diritto*, Mimesis.
- THOMAS Y. 1995. *Fictio legis. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales*, in ID., *Les opérations du droit*, Paris, Seuil, 2011.
- THOMAS Y. 1998. *Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit*, in «Le Débat», 100, 1998, 85 ss.
- TOUZEIL-DIVINA M. 2019. *L'arbre, l'homme & le(s) droit(s)*, in «Revue méditerranéenne de droit public», X, 2019, 13 ss.
- TRIBE L.H. 2001. *Ten Lessons Our Constitutional Experience Can Teach Us About the Puzzle of Animal Rights: The Work of Steven M. Wise*, in «Animal Law Review», 7, 2001, 1 ss.
- VIOLA F. 2009. *Antropologia e diritti*, in *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, I, E.S.I., 536 ss.
- WINKLER A. 2018. *We the Corporations. How Americans Businesses Won Their Civil Rights*, Liveright.
- WENNAR L. 2020. *Rights*, in ZALTA E.N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponibili in <https://plato.stanford.edu/entries/rights> (consultato il 20/11/20).
- ZATTI P. 1994. *Persona giuridica*, in *Glossario*, in *Tratt. dir. priv. dir. a cura di Iudica-Zatti*, Giuffrè, 324 ss.
- ZATTI P. 2009. *Oltre la capacità*, in ID., *Maschere del diritto volti della vita*, Giuffrè.

L'ANTROPOMORFIZZAZIONE GIURIDICA

LIVIO PERRA



L'antropomorfizzazione giuridica

Legal Anthropomorphization

LIVIO PERRA

Professore a contratto di Legislazione dei Beni Culturali, Università degli Studi di Sassari (Italia); Pesquisador Associado, Núcleo V, Democracia, Direito Internacional e Direitos Humanos do Centro Internacional de Direitos Humanos de São Paulo, vinculado à Cadeira San Tiago Dantas, da Academia Paulista de Direito, CIDHSP/APD (Brasil).

E-mail: lperra@uniss.it.

ABSTRACT

In un mondo che è alla ricerca di nuove forme giuridiche per tutelare e difendere l'ambiente, l'autore rintraccia il fenomeno della antropomorfizzazione giuridica della natura e delle sue entità. Non si tratta di un fenomeno isolato, ma questa soluzione alle problematiche ambientali è adottata in tre diversi continenti da cinque Paesi: Ecuador, Bolivia, Nuova Zelanda, Colombia e nello Stato indiano dell'Uttarakhand. L'autore *in primis* osserva il fenomeno nel suo svilupparsi a livello costituzionale, legislativo e giurisprudenziale nei singoli Stati. Una volta rilevato che tale fenomeno è il frutto del recepimento della tradizione e della cultura ancestrale dei popoli che abitano nei singoli territori, analizza i valori culturali e la tradizione tramandata. Infine, l'autore analizza le principali questioni che emergono dalla manifestazione del fenomeno dell'antropomorfizzazione giuridica e giunge alla conclusione che i sistemi di protezione ambientale che hanno optato per una visione biocentrica oltre a mantenere la coerenza dell'intero sistema, si pongono su di un notevole piano di efficacia nella risoluzione delle problematiche ambientali.

In a world which is seeking new legal forms to protect and defend the environment, the author identifies the phenomenon of the juridical anthropomorphization of nature and its entities. This is not an isolated phenomenon, but this solution to environmental problems is adopted in three different continents by five Countries: Ecuador, Bolivia, New Zealand, Colombia and the Indian State of Uttarakhand. First, the author observes the phenomenon in its development at the constitutional, legislative and jurisprudential level in each mentioned State. After he has found that this phenomenon is the result of the transposition of the ancestral tradition and culture of the peoples who live in these Countries, he analyses the cultural values and the tradition handed down. Finally, the author analyses the main issues that emerge from the manifestation of the phenomenon of legal anthropomorphization and concludes that the environmental protection systems that have opted for a biocentric vision, in addition to maintaining the coherence of the entire system, place themselves on a remarkable plan of effectiveness in solving environmental problems.

KEYWORDS

Antropomorfizzazione giuridica, natura, fiume, soggetto di diritti, persona giuridica

Legal anthropomorphization, nature, river, subject of rights, legal person

L'antropomorfizzazione giuridica

LIVIO PERRA

1. Introduzione – 2. La personificazione della natura e delle sue entità – 2.1. La natura soggetto di diritti – 2.2. *Il Whanganui River come legal person* – 2.3. *Il río Atrato è sujeto de derechos* – 2.4. *I fiumi Ganga e Yamuna sono legal persons* – 3. Dove si trova il fondamento? – 3.1. *La Pachamama* – 3.2. *Il Whanganui River* – 3.3. *Il río Atrato* – 3.4. *Il fiume Gange ed il suo affluente Yamuna* – 4. Perché il fenomeno dell'antropomorfizzazione giuridica è importante? – 4.1. *Diritto, cultura e società* – 4.2. *Cultura, essere umano e democrazia* – 4.3. *L'antropomorfizzazione giuridica come strumento per la tutela ambientale* – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Le riflessioni dei giuristi sono spesso affollate dalle estenuanti ricerche del fondamento di ogni testo normativo. Vi sono tantissimi studiosi che si preoccupano di ritrovare i pilastri giuridici e dell'intero sistema nelle nuove impostazioni giuridiche, nelle nuove visioni del diritto.

Molte volte i giuristi hanno sentito nel corso della loro formazione nelle aule universitarie che un qualche istituto giuridico, un principio, è figlio del diritto romano. La tradizione tramandata da quel sistema di diritto così sofisticato è tale da aver lasciato strascichi ben visibili nella nostra quotidianità giuridica. Il diritto risulta, sotto questa scia, di matrice antropocentrica, l'uomo viene cioè posto alla base di tutto e questo, in una visione in cui il diritto si prefigge lo scopo di regolare il vivere sociale, non si espone ad incrinature. Qualche perplessità viene in essere, però, nelle questioni relative alla tutela e alla protezione dell'ambiente. Da quando l'uomo moderno si è accorto dell'impatto dell'azione del genere umano sulla natura e si è trovato a far fronte ai tanti disastri ecologici, è emersa una problematica non di poco conto: queste impostazioni di tipo antropocentrico non sempre offrono una adeguata tutela ambientale.

Da qui un ventaglio di soluzioni tra le più variegate hanno trovato origine. Senza dubbio, le soluzioni che meritano un serio approfondimento sono quelle che vogliono rompere con la classica maniera di fare diritto in ottica antropocentrica per spostare completamente il baricentro su una visione biocentrica. Per cambiare il modo di fare diritto, il modo di scrivere le norme contemplando e considerando che oltre all'uomo vi è una natura, intesa come un essere vivo, occorre poggiare su solide basi l'intero sistema di protezione ambientale. È in questo senso che le Costituzioni di Ecuador e Bolivia nel costruire il più avanzato e innovativo sistema di protezione ambientale sono partite dai valori delle cosmovisioni andine. Nelle Costituzioni e nelle loro leggi vi è un costante richiamo ai valori dei popoli indigeni che popolano i propri territori. La natura non è più un oggetto di cui ci si può appropriare e disporre fuori da ogni ragionevolezza, ma è la Madre Terra (*Pachamama*) di cui l'essere umano è parte e con la quale concorre a formare un sistema di vita complesso. Questo come si è tradotto in termini giuridici? O meglio, come è stato trasposto nei testi giuridici dei due Paesi? La natura è divenuta a tutti gli effetti soggetto con veri e propri diritti, i quali possono essere fatti valere dagli esseri umani attraverso il meccanismo della rappresentanza. In concreto è avvenuto il fenomeno dell'etnosviluppo giuridico. Nella formazione del diritto dei due Stati andini si può osservare, dunque, tutta la forza che esplica l'etnosviluppo¹.

¹ L'autore con la parola etnosviluppo fa riferimento alla definizione del termine fornita da BONFIL BATALLA 1982, 133: «per etnosviluppo si intende l'esercizio della capacità sociale di un popolo per costruire il suo futuro, utilizzando a tal fine gli insegnamenti della sua esperienza storica e le risorse reali e potenziali della sua cultura, in accordo con un progetto che si definisce secondo i suoi propri valori e aspirazioni [*por etnodesarrollo se entiende el ejercicio de la*

La nuova impostazione biocentrica² che alcuni Paesi stanno adottando nell'ultimo decennio apre una miriade di angoli prospettici di indagine e le strade per affrontare fecondamente l'analisi sono molteplici.

Nel presente lavoro l'autore vuole focalizzare il suo esame su un fenomeno che egli stesso vuole definire antropomorfizzazione giuridica. Con questo termine si intende indicare il fenomeno osservabile nei testi giuridici e giurisprudenziali, non solo nei Paesi andini, ma ad esempio i fenomeni emersi in Nuova Zelanda, Colombia e nello Stato indiano dell'*Uttarakhand*, della attribuzione di caratteristiche e qualità, storicamente riservate agli esseri umani dal diritto, ad entità animate e inanimate.

Il presente lavoro si pone l'obiettivo di osservare il fenomeno della antropomorfizzazione giuridica nelle sue manifestazioni legislative e giurisprudenziali, comprendere il contesto culturale e di analizzarne gli elementi più salienti.

Dopo il § 1, dove è introdotto l'argomento, segue il § 2, il quale è dedicato all'analisi del fenomeno nel suo esplicitarsi a livello legislativo in Ecuador, Bolivia e Nuova Zelanda, nella sua affermazione sul piano giurisprudenziale in Colombia e nello Stato di *Uttarakhand*, nel nord dell'India.

Il § 3, rintraccia, seppur in breve, i valori culturali che sono posti a fondamento dell'antropomorfizzazione giuridica nelle varie esperienze dei cinque Paesi.

Il § 4, affronta la questione relativa all'importanza del fenomeno ed in particolare sono esaminati gli aspetti relativi ai rapporti tra diritto, cultura e società, all'importanza della cultura come parte dell'essere umano, come espressione di democrazia, ed è esaminato il fenomeno dell'antropomorfizzazione giuridica come strumento per la tutela ambientale.

Nel § 5, saranno sviluppate le conclusioni, a cui conducono l'analisi e le riflessioni dei capitoli precedenti.

2. La personificazione della natura e delle sue entità

Il fatto che ci si trovi dinnanzi al fenomeno della antropomorfizzazione giuridica è una realtà. Diversi ordinamenti giuridici riconoscono la presenza di soggetti, persone, diversi dalle persone umane. A sorprendere è il fatto che sino ai tempi recenti questa possibilità sembrasse del tutto remota. I Paesi che hanno optato per questa scelta sono situati in tre continenti diversi: il fenomeno si osserva in America, in Asia e in Oceania. L'interrogativo che sorge fin da subito è relativo al fatto di come culture giuridiche così diverse siano giunte alla conclusione che per tutelare al meglio le entità naturali sia necessario attribuire loro lo status di soggetti, di persone, e conferire a tali entità veri e propri diritti. Ovviamente non si tratta di una costruzione fantasiosa dei Legislatori o dei Giudici, non è una pura invenzione giuridica o giurisprudenziale. Il tratto che contraddistingue queste innovazioni giuridiche è la presenza del riconoscimento come persone o soggetti già nella società che abita quei luoghi. L'antropomorfizzazione è presente nella tradizione dei popoli, che hanno spesso dovuto mobilitarsi sia politicamente che giuridicamente per ottenere il riconoscimento di queste nuove persone nello scenario giuridico degli Stati di appartenenza. Gli ordinamenti giuridici, pertanto, hanno riconosciuto ed omologato una antropomorfizzazione già in atto in seno alla società. Le comunità etniche e culturali hanno fatto sentire la propria voce anche in virtù della

capacidad social de un pueblo para construir su futuro, aprovechando para ello las enseñanzas de su experiencia histórica y los recursos reales y potenciales de su cultura, de acuerdo con un proyecto que se defina según sus propios valores y aspiraciones]. Si veda a tal proposito: PERRA 2019.

² In tal senso, la *Corte Constitucional para el período de transición* dell'Ecuador nella *Resolución* n. 0567-08-RA sottolinea, nella *décimo sexta consideración*, che la volontà del Costituente, che ha affermato i diritti della natura nella Costituzione dell'Ecuador, è «parte di una filosofia-giuridica garantista dei diritti, biocentrista e non antropocentrista. [parte de una filosofía-jurídica garantista de derechos, biocentrista y no antropocentrista]».

apertura che gli Stati odierni stanno manifestando nei loro confronti. È osservabile, cioè, la presenza di una posizione che cerca di offrire pari dignità a tutti i popoli che compongono i Paesi. L'antropomorfizzazione giuridica delle entità naturali si pone come un passo ulteriore rispetto all'affermazione dei diritti bioculturali, ma occorre comprendere se ne costituisca l'estensione o se sia qualcosa di diverso. Quando si parla di diritti bioculturali si fa riferimento a quei diritti che «affermano il legame tra indigeni, gruppi tribali e altre comunità con la loro terra, insieme alle risorse floreali, faunistiche e risorse di altro tipo nella e sulla terra»³ (BAVIKATTE, BENNETT 2015, 8). I diritti bioculturali differiscono dalla più generale categoria dei diritti indigeni, in quanto fanno espressamente riferimento alla conservazione delle specie, della diversità biologica ed al loro utilizzo ecosostenibile e non sono esclusivo appannaggio di un gruppo indigeno. Questi diritti collegano le comunità alla terra, ma non come proprietà, bensì come frutto di un possesso tradizionale su cui incombe un obbligo di amministrazione o gestione (stewardship) (BAVIKATTE, BENNETT 2015, 10 s.). Grazie al riconoscimento e alla tutela dei diritti bioculturali la conservazione della biodiversità è strettamente legata ai diritti delle popolazioni indigene sui loro territori, alla preservazione dei loro stili di vita, della cultura, delle consuetudini e dei tradizionali schemi adottati per prendere decisioni (BAVIKATTE, BENNETT 2015, 18). Il punto comune che spicca tra le diverse teorie, che sono portate avanti in tema di diritti bioculturali, è l'idea che l'ambiente trovi una migliore protezione dal garantire i diritti delle comunità nei propri territori. Questo si è tradotto nel mondo giuridico con il riconoscimento dei diritti bioculturali, intesi come i diritti delle comunità a governare, amministrare e gestire i propri territori⁴. Per comprendere la vera natura dei diritti bioculturali è utile richiamare le parole di Gianfrancesco Zanetti (ZANETTI 2019, 269) «i diritti bioculturali sono un gruppo (indeterminato, perché varia a seconda delle circostanze) di diritti umani, diritti “collettivi” (group rights), che protegge e si fonda sul ruolo di stewardship che alcune comunità locali e alcuni gruppi indigeni hanno mantenuto nei confronti dell'ambiente».

Ora, volgendo lo sguardo ai diritti della natura affermati in Ecuador e Bolivia, occorre sottolineare che vi sono differenze rispetto ai diritti bioculturali. Si tratta di nuove categorie di diritti che non presuppongono l'esistenza dell'uomo per la loro mera esistenza, sono considerati come diritti autonomi rispetto ai diritti umani, al diritto degli esseri umani a vivere in un ambiente sano. In Ecuador e Bolivia la natura ha i propri diritti e riceve tutela in virtù del suo valore intrinseco. Sono diritti che non dipendono dai diritti degli esseri umani, l'essere umano entra in gioco solo ove questi diritti debbano ricevere tutela e la natura di per se stessa non possa farvi fronte, come nel caso in cui debbano essere proposte le azioni in difesa dei diritti della natura dinnanzi ai competenti Tribunali. Per la tutela di questa nuova categoria di diritti non è necessaria una profonda connessione con il territorio, al pari di quella che possono avere le comunità locali o i gruppi indigeni, che popolano la terra dei propri avi⁵.

Diversa impostazione è accolta in Colombia. La *Corte Constitucional de Colombia* nella Sentenza T-622/16 afferma che il riconoscimento dei diritti della natura e, dunque, considerare entità non umane come soggetto di diritti (*sujetos de derechos*), sia il frutto di un nuovo approccio giuridico: quello dei diritti bioculturali. In questa nuova concezione la relazione e la stretta connessione che intercorre tra la natura e gli esseri umani porta ad una nuova visione socio-giuridica dove la natura riveste una notevole importanza e ha pieni diritti, proprio come un soggetto di diritti⁶.

³ «Affirm the bond between indigenous, tribal and other communities with their land, together with the floral, faunal and other resources in and on the land».

⁴ Si veda in tal senso: BAVIKATTE, BENNETT 2015, 20.

⁵ Si pensi, ad esempio, al caso Río Vilcabamba, dove hanno esperito l'azione di protezione due cittadini statunitensi residenti in quell'area, giunti in Ecuador nel 2007, Richard Frederick Wheeler e Eleanor Geer Huddle e non membri delle comunità radicate nel territorio da generazioni. Si vedano a tal proposito: Sentenza della *Corte Provincial de Loja, Sala Penal*, 30 marzo 2011; SUÁREZ 2013, 4.

⁶ Si veda a tal proposito: Sentenza T-622/16 della *Corte Constitucional de Colombia*, 143: «se ha venido desarrollando un nuevo enfoque jurídico denominado derechos bioculturales, cuya premisa central es la relación de profunda unidad e

Il riconoscimento dei fiumi indiani *Ganga* e *Yamuna* come *legal persons/living persons* si pone come espressione dei diritti bioculturali: oltre che per i fini della tutela ambientale, il riconoscimento avviene per proteggere il riconoscimento e la fede della società⁷.

In Nuova Zelanda il riconoscimento del *Whanganui River (Te Awa Tupua)* poggia sulla lunga tradizione culturale del popolo *Whanganui Iwi*, il quale considera lo stesso fiume come se fosse un suo antenato da proteggere e di cui prendersi cura attraverso i propri rituali e le proprie consuetudini⁸.

Da queste concezioni emergono alcune considerazioni tra il rapporto che sussiste tra i diritti della natura, più in generale delle entità non umane, e i diritti bioculturali. Se nei casi di antropomorfizzazione giuridica analizzati nel presente § 2, vi sono l'esperienza colombiana, indiana e neozelandese che vedono nell'antropomorfizzazione giuridica l'effetto di un approccio giuridico determinato dall'affermarsi dei diritti bioculturali, nel caso ecuadoriano e boliviano non è ben definita questa relazione. In Ecuador e Bolivia il fenomeno dell'antropomorfizzazione giuridica è poggiato sulle solide basi della cultura tradizionale dei popoli indigeni, ma al contempo viene posto un distacco dai diritti degli esseri umani e dunque dai diritti bioculturali ascrivibili ai popoli nativi. È manifestata, anche nella giurisprudenza, la concezione che i diritti della natura siano una nuova categoria autonoma rispetto ai diritti degli individui. Le azioni giudiziarie possono essere proposte anche da cittadini stranieri (si pensi al caso Río Vilcabamba). Nel caso di Ecuador e Bolivia la riflessione sui rapporti tra antropomorfizzazione giuridica e diritti bioculturali, che indubbiamente potrebbe spalancare la porta ad un autonomo e fecondo campo di studio, può in questa sede, seppur in breve, aprire la strada a due ipotesi: ritenere che il fenomeno della antropomorfizzazione giuridica sia l'effetto di una impostazione giuridica che contempla i diritti bioculturali, oppure ritenere che sia un fenomeno diverso, il quale costituisce una ulteriore evoluzione giuridica rispetto all'affermazione dei diritti bioculturali in materia di tutela ambientale, in quanto i diritti della natura sono concepiti come autonomi rispetto ai diritti degli esseri umani⁹.

Il presente § 2, è dedicato all'analisi del fenomeno dell'antropomorfizzazione giuridica che emerge dai testi normativi e dai provvedimenti giudiziari.

2.1. *La natura soggetto di diritti*

I sistemi di protezione dell'ambiente elaborati da Ecuador e Bolivia giocano sicuramente un ruolo fondamentale nelle riflessioni giuridiche sull'antropomorfizzazione giuridica. Poggiata sulle nobili basi della tradizione dei popoli che compongono i due Paesi, la natura viene elevata al rango di soggetto. La natura riacquista quel carattere quasi sacrale, la natura è madre e tutte le entità che la compongono, compreso l'uomo, insieme danno il proprio contributo per raggiungere il benessere generale. Nei testi Costituzionali e nelle leggi dei due Stati andini l'obiettivo su cui si focalizza tutta la costruzione è il buon vivere/vivere bene (*Sumak Kawsay* nella lingua quechua e *Suma Qamaña* in aymara). Questo obiettivo desiderabile ed auspicabile al quale tutti sono chiamati non è il vivere bene di un singolo uomo a scapito di tutto, ma si

interdependencia entre naturaleza y especie humana, y que tiene como consecuencia un nuevo entendimiento socio-jurídico en el que la naturaleza y su entorno deben ser tomados en serio y con plenitud de derechos. Esto es, como sujetos de derechos».

⁷ Si veda a tal proposito: *Mohd. Salim v. State of Uttarakhand & others*, Writ Petition (PIL) No. 126 of 2014 (High Court of Uttarakhand at Nainital, March 20, 2017), 11: «to protect the recognition and the faith of society, Rivers Ganga and Yamuna are required to be declared as the legal persons/living persons».

⁸ *Whanganui Iwi and the Crown, Tūtohu Whakatupua*, 30 August 2012, paragrafo 1.3.: «the desire of Whanganui Iwi to care, protect, manage and use the Whanganui River through the kawa and tikanga maintained by the descendants of Ruatipua and Paerangi». Si veda a tal proposito: HSIAO 2012, 371.

⁹ Sulla autonomia dei diritti della natura rispetto ai diritti umani si veda ad esempio: ACOSTA 2011, 353 ss.

consegue solo in una vita in armonia tra gli uomini e con tutto ciò che li circonda. L'uomo non è più identificato come un essere superiore che deve dominare gli elementi e servirsi per il suo vantaggio delle entità che assieme a lui compongono il Pianeta. La natura non è in queste concezioni fredda e ostile e non si deve combattere per piegarla alle proprie necessità. La Madre Terra è vitale per l'esistenza degli esseri umani, come afferma anche il *Preámbulo* della Costituzione dell'Ecuador e come sottolinea il *Preámbulo* della Costituzione della Bolivia, dove essa è capace di infondere la forza per rifondare il Paese. La natura, in una visione derivata dalla cosmovisione andina, viene personificata ed in termini giuridici questo si traduce nell'assimilazione di essa come soggetto con veri e propri diritti.

In particolare, l'articolo 10, comma 2, della Costituzione dell'Ecuador prevede che «la natura sarà soggetto di quei diritti che le riconosce la Costituzione»¹⁰.

La Ley boliviana n. 71 del 2010 (*Ley de derechos de la Madre Tierra*) all'articolo 5 identifica il carattere giuridico della Madre Terra come soggetto collettivo di interesse pubblico (*sujeto colectivo de interés público*).

Queste due caratterizzazioni comportano conseguenze non trascurabili. Il fatto di aver attribuito alla natura il carattere di soggetto permette ad essa di essere titolare di propri diritti.

Nella Costituzione dell'Ecuador sono, poi, previsti due gruppi di diritti: nell'articolo 71 i diritti concernenti l'esistenza della natura e nell'articolo 72 quelli che riguardano la *restauración*.

Nella Costituzione dell'Ecuador sono, inoltre, contenuti i diritti umani di terza generazione, che riguardano aspetti sociali economici ed ambientali. Tra questi nell'articolo 14 della Costituzione dell'Ecuador è riconosciuto il «diritto delle persone a vivere in un ambiente sano e ecologicamente equilibrato che garantisca la sostenibilità e il *buen vivir, sumak kawsay*»¹¹. Nella seconda parte del medesimo articolo viene precisato che «si dichiara di interesse pubblico la preservazione dell'ambiente e del patrimonio genetico del Paese, nonché la prevenzione del danno ambientale ed il recupero delle aree naturali degradate»¹².

Per spiegare se sussista un qualche rapporto tra il diritto delle persone a vivere in un ambiente sano affermato nell'articolo 14 della Costituzione dell'Ecuador e i diritti della natura sanciti negli articoli 71 e 72 della stessa Carta Costituzionale, occorre ripercorrere la distinzione tracciata da Eduardo Gudynas (GUDYNAS 2011, 87 s.). L'approccio teorico del diritto delle persone a vivere in un ambiente sano è diverso da quello dei diritti della natura. Il diritto a vivere in un ambiente sano tutela l'ambiente, ma non in quanto tale. Esso è concettualmente concepito per garantire la salute e la qualità della vita e della proprietà umana. È perciò un diritto che sorge dalle necessità umane ed è tutelato in funzione dell'uomo. La cosa interessante, come afferma Gudynas (GUDYNAS 2011, 88), è la compresenza all'interno della Costituzione dell'Ecuador di due sistemi di diritti: da una parte vi sono i diritti dei cittadini ad un ambiente sano e dall'altra i diritti della natura.

Sulla distinzione tra i diritti ambientali che sorgono dai diritti umani ed i diritti ecologici, previsti nella Costituzione dell'Ecuador, è utile richiamare la riflessione di Alberto Acosta Espinosa, Presidente dell'Assemblea Costituente da novembre 2007 a giugno 2008. Alberto Acosta (ACOSTA 2011, 354 s.) afferma che:

«i Diritti della Natura, in questo caso dichiarati dal popolo ecuadoriano che è colui il quale ha redatto la Costituzione attraverso i suoi membri dell'assemblea e che la approvò con una ampissima maggioranza nel referendum del 28 settembre 2008, sono considerati come diritti ecologici per differenziarli dai diritti

¹⁰ «La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución».

¹¹ «Derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantiza la sostenibilidad y el buen vivir, sumak kawsay».

¹² «Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados».

ambientali, che derivano dai Diritti Umani. Questi diritti ecologici sono diritti orientati a proteggere i cicli vitali ed i diversi processi evolutivi, non solo le specie minacciate e le aree naturali»¹³.

Da queste parole si comprende come l'Assemblea Costituente ecuadoriana abbia manifestato la volontà di mantenere su due binari distinti i diritti ambientali, intesi come quelli derivanti dai diritti umani alla salute, a vivere in un ambiente sano, da quelli della natura, dove essa è protetta «per se stessa, indipendentemente dalla utilità o dall'uso che dà all'essere umano»¹⁴ (ACOSTA 2011, 353).

Acosta (ACOSTA 2011, 355) precisa che dal punto di vista applicativo sussiste una relazione tra le due categorie di diritti. La giustizia ecologica assicura la sopravvivenza delle specie e degli ecosistemi e la loro restaurazione nel caso in cui occorranò danni, senza preoccuparsi dell'aspetto relativo agli indennizzi e ai risarcimenti a favore degli esseri umani per i danni ambientali. Per questo motivo si deve applicare contemporaneamente la giustizia ambientale per le persone e quella ecologica per la natura. Si tratta dunque di due «giustizie strutturali e strategicamente vincolate»¹⁵ (ACOSTA 2011, 355).

Nella *Ley boliviana* n. 71 del 2010 all'articolo 7 sono annoverati i diritti della natura: il diritto alla vita (*a la vida*), alla diversità della vita (*a la diversidad de la vida*), all'acqua (*al agua*), all'aria pulita (*al aire limpio*), all'equilibrio (*al equilibrio*), al ripristino (*a la restauración*), a vivere senza contaminazioni (*a vivir libre de contaminación*). Non si tratta di un elenco esaustivo, vi è infatti una apertura da parte della stessa legge nell'articolo 5, dove tale disposizione precisa che questa previsione non pregiudicherà l'affermazione di altri e ulteriori diritti della Madre Terra.

Per quanto concerne l'esercizio dei diritti della natura non si pongono questioni riguardo ai diritti relativi all'esistenza, ma sembrerebbe che la natura non possa di per se stessa agire per far valere i propri diritti al ripristino. Tale questione è risolta dall'Ecuador con la previsione dell'articolo 71 della Costituzione, dove si legge che «ogni persona, comunità, popolo o nazione potrà chiedere all'autorità pubblica l'adempimento dei diritti della Natura»¹⁶. L'articolo 34 della Costituzione della Bolivia identifica la legittimazione ad agire affermando che:

«qualunque persona, a titolo individuale o in rappresentanza di una collettività ha la facoltà di esercitare le azioni giudiziali in difesa del diritto ambientale, senza pregiudizio dell'obbligo delle istituzioni pubbliche di attuarle d'ufficio di fronte agli attacchi contro l'ambiente»¹⁷.

Il meccanismo della rappresentanza è posto, dunque, come rimedio per supplire all'incapacità della Madre Terra di curare i propri interessi. La natura è in questo modo un soggetto con propri e veri diritti e per l'esercizio di essi, dove non possa farvi fronte da sola, vi è la previsione dell'utilizzo dello strumento della rappresentanza al fine di garantire l'effettivo esercizio dei diritti che sono stati affermati.

L'affermazione di diritti in capo al soggetto natura, che avviene in Bolivia in maniera implicita nella Costituzione ed esplicitamente con specifiche leggi, comporta che gli individui esercitino le azioni giudiziali di protezione in maniera ampia. Non è necessario che i soggetti che agiscono per la

¹³ «A los Derechos de la Naturaleza, en este caso declarados por el pueblo ecuatoriano que es el que en definitiva redactó la Constitución a través de sus asambleístas y que la aprobó con una amplísima mayoría en el referéndum del 28 de septiembre del 2008, se los considera como derechos ecológicos para diferenciarlos de los derechos ambientales, que surgen desde los Derechos Humanos. Estos derechos ecológicos son derechos orientados a proteger ciclos vitales y los diversos procesos evolutivos, no sólo las especies amenazadas y las áreas naturales».

¹⁴ «Por sí misma, independientemente de la utilidad o de los usos que le dé el ser humano».

¹⁵ «Justicias estructural y estratégicamente vinculadas».

¹⁶ «Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza».

¹⁷ «Cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, está facultada para ejercitar las acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente».

tutela dei diritti della natura siano danneggiati e questo risulta essere la «conseguenza inevitabile del riconoscimento della personalità alla natura stessa»¹⁸ (ZAFFARONI 2011b, 105).

Al fine di chiarire la posizione della natura nel sistema di protezione ambientale dell'Ecuador è utile soffermare lo sguardo su alcuni passaggi della *Resolución* n. 0567-08-RA della *Primera Sala de la Corte Constitucional para el período de transición*¹⁹. Questa risoluzione del 16 luglio 2009 identifica la natura come parte processuale. La Corte afferma, infatti, che il principio di integralità o completezza implica che per esercitare una vera giustizia «è necessario esaminare tutti gli elementi del caso e le parti coinvolte, essendo una di queste la Natura, gli individui colpiti direttamente e indirettamente»²⁰. La stessa Corte precisa il modo in cui viene considerata la natura nel contesto della sua protezione:

«dobbiamo tener presente che questa garanzia di protezione della Natura gode del principio di autonomia, cioè deve essere considerata nella sua integralità in maniera olistica come un fine (attivo) e non come un mezzo o una cosa (passivo), della quale irrimediabilmente deve esserne rispettato il suo stesso funzionamento, in caso contrario sarebbe omessa la vigenza dei suoi diritti e la sua tutela effettiva»²¹.

La medesima Corte precisa, inoltre, che il principio *in dubio pro natura* comporta sia la prevenzione sia la precauzione ed il recupero integrale di essa nei casi in cui l'attività umana abbia influito negativamente²².

2.2. *Il Whanganui River come legal person*

La Nuova Zelanda si è cimentata negli ultimi anni con una questione non facile da risolvere: può un fiume essere riconosciuto come una persona giuridica con propri diritti?

La questione si è affacciata nel panorama politico e giuridico in riferimento al *Whanganui River (Te Awa Tupua)*. Questo fiume non è solo un semplice corso d'acqua, ma riveste una importanza fondamentale per i popoli Maori, con tutto il suo carico di spiritualità.

Il 5 agosto del 2014 i rappresentanti dei *Whanganui River Iwi* hanno firmato un accordo con il governo neozelandese, con il quale il fiume è stato legalmente riconosciuto un essere vivente. Questo riconoscimento, come afferma Anne Salmond (SALMOND 2014, 285 s.), è stato tra i primi al mondo.

Successivamente altri accordi e atti del governo neozelandese, che si sono susseguiti, hanno fatto un ulteriore passo verso la antropomorfizzazione giuridica: il *Whanganui River* è oggi riconosciuto come *a legal person*. Ora, prendendo in esame il *Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act* del 2017, saltano agli occhi numerose osservazioni. Questo atto è denso di

¹⁸ «La consecuencia inevitable del reconocimiento de personería a la propia naturaleza».

¹⁹ L'Acción de Amparo Constitucional è proposta dai membri delle comunità che vivono nella provincia di *Santo Domingo de los Tsáchilas*. Essi chiedono attraverso tale azione che sia ordinata la sospensione delle attività ed i lavori di costruzione dei biodigestori che sta eseguendo una industria che trasforma gli alimenti, in quanto vi è il rischio di un inquinamento dell'aria, del suolo e dell'acqua dovuta ai sottoprodotti che generano.

²⁰ Si veda a tal proposito: *Corte Constitucional para el período de transición. Primera Sala. Resolución* n. 0567-08-RA, *décima segunda consideración*: «es necesario mirar a todos los elementos del caso y a las partes involucradas, siendo una de ellas la Naturaleza, los individuos afectados directa e indirectamente».

²¹ Si veda a tal proposito: *Corte Constitucional para el período de transición. Primera Sala. Resolución* n. 0567-08-RA, *décimo sexta consideración*: «debemos tener presente que esta garantía de protección a la Naturaleza goza del principio de autonomía es decir debe ser considerado en su integralidad de manera holística como un fin (activo) y no como un medio o cosa (pasivo), a la que irremediabilmente se le respete su propio comportamiento, caso contrario se omitiría la vigencia de sus derechos y su tutela efectiva».

²² Si veda a tal proposito: *Corte Constitucional para el período de transición. Primera Sala. Resolución* n. 0567-08-RA, *décimo sexta consideración*.

riferimenti alla cultura dei popoli indigeni che hanno speso le loro energie per reclamare tale *status* per il medesimo fiume.

Si osserva fin da subito che nell'atto è utilizzata anche la lingua Maori e non solo l'inglese, ma la parte più rilevante e densa di significato è come la cosmovisione dei popoli indigeni sia confluita nel testo. Nella *subpart 2*, il fiume: «*Te Awa Tupua is an indivisible and living whole, comprising the Whanganui River from the mountains to the sea, incorporating all its physical and metaphysical elements*». Il *Te Awa Tupua* è dunque indivisibile e vivo, dalle montagne al mare e comprende sia elementi fisici che metafisici. Inoltre, come afferma lo stesso atto, vi sono tantissimi valori "intrinseci" nel fiume: esso è fonte di spiritualità e sostentamento per il fisico, supporta la vita, le risorse naturali in esso presenti e la salute ed il benessere delle comunità del fiume.

Il fiume è inteso come fonte di *ora*, letteralmente la traduzione più prossima sarebbe vita, ma assume il significato di vita, salute e benessere. Vi è un caratteristico legame tra il popolo *Whanganui* ed il fiume e la portata di questo legame si comprende dal detto frequentemente proferito da queste genti: «*Ko au te Awa, ko te Awa ko au*» (io sono il fiume, il fiume è me)²³, confluito anche in vari testi, tra cui il *Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act* del 2017.

Per quanto riguarda il *Legal status of Te Awa Tupua*, il *Te Awa Tupua* è «*a legal person and has all the rights, powers, duties, and liabilities of a legal person*». Da questa affermazione si evince che il fiume è una persona giuridica con i propri diritti, poteri e doveri. Anche nel caso neozelandese, analogamente a quanto avviene in Ecuador e Bolivia, entra in gioco il meccanismo della rappresentanza. Per l'esercizio o l'esecuzione dei diritti, poteri e doveri del *Te Awa Tupua*, il *Te Pou Tupua* agirà in nome e per conto del fiume.

Il *Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act* del 2017 istituisce il *Te Pou Tupua* e ne prevede minuziosamente le funzioni e la composizione.

Esso nasce come "volto umano" del *Te Awa Tupua (human face of Te Awa Tupua)* ed agisce in suo nome, con tutti i poteri necessari ad esercitare le funzioni, poteri e doveri attribuiti dalla legge.

Il *Te Pou Tupua* è composto da due membri, i quali sono nominati uno dagli *Iwi* che hanno interesse verso il *Whanganui River* e l'altro, per quanto attiene la prima nomina, in nome della Corona dal *Minister for Treaty of Waitangi Negotiations*, dopo essersi consultato con il *Minister for Māori Development*, il *Minister of Conservation* ed il *Minister for the Environment*. Per le nomine successive, la nomina per conto della Corona viene fatta dal *Minister for the Environment*, in consultazione con il *Minister for Māori Development*, il *Minister of Conservation*, ed ogni altro *Minister* che questi ritengano importante per conseguire gli scopi del *Te Pou Tupua*.

Le persone che sono nominate devono avere adeguati requisiti, tra cui abilità, conoscenza ed esperienza, che siano utili per il raggiungimento degli scopi e per svolgere le funzioni del *Te Pou Tupua*. Questi requisiti sono sottoposti al vaglio dell'altro nominatore, il quale riceve il nome proposto e invia il proprio parere sulla proposta del candidato e, in particolare, se esso assolva i requisiti. Si procede, poi, alla nomina dei due membri congiuntamente, avendo cura anche della capacità dei due di assolvere alle funzioni e raggiungere gli scopi del *Te Pou Tupua*.

2.3. Il río Atrato è sujeto de derechos

Il riconoscimento di un corso d'acqua come *sujeto de derechos* giunge in Colombia attraverso la giurisprudenza della Corte Costituzionale. La sentenza T-622 del 2016 della *Corte Constitucional de Colombia* risolve la questione relativa allo svolgimento di attività minerarie illegali che hanno provocato danni ambientali al bacino del fiume Atrato, ai suoi affluenti, nonché ai territori

²³ Cfr. SALMOND 2014, 286.

limitrofi. È sollevata la violazione dei diritti alla vita, alla salute, all'acqua, alla sicurezza alimentare, all'ambiente sano, alla cultura ed al territorio delle comunità etniche. Nella medesima sentenza si rileva l'omissione di un *facere* da parte delle autorità locali e centrali dello Stato. Queste hanno trascurato di far fronte alla vicenda che si stava consumando nel territorio o non lo hanno fatto opportunamente. Nello specifico, tali autorità non hanno posto in essere le adeguate misure per arginare l'attività mineraria illegale e le sue conseguenze. Si è trattato di una attività mineraria che ha inciso sensibilmente sull'ambiente, in quanto oltre allo sfruttamento incondizionato sono state utilizzate sostanze nocive come il mercurio ed il cianuro per i processi di separazione delle impurità dai minerali d'oro. L'utilizzo di queste sostanze, come rileva la Corte, ha la capacità di incidere sulla vita, sulla salute degli esseri umani e sull'ambiente, creando un forte rischio per la biodiversità. Per proteggere la biodiversità è necessario far sì che le condizioni in cui essa si sviluppi restino intatte e si possano esplicare i naturali processi ambientali.

La Corte ritiene che in tale vicenda ricorrono gli estremi per l'applicazione del «principio di precauzione in materia ambientale e per proteggere il diritto alla salute delle persone»²⁴. Si tratta di un principio posto a tutela dell'ambiente, laddove comporta che nella possibilità del verificarsi di un danno grave e irreversibile occorra utilizzare le idonee misure per scongiurare le conseguenze negative, anche se non si è in presenza di una certezza scientifica assoluta. Questo, ovviamente, va ad incidere sulla condotta umana nella misura in cui le attività devono essere iscritte in un quadro che prevenga i danni ambientali gravi e irrimediabili. È un principio che trova la propria fonte nell'ordinamento giuridico colombiano, nel diritto interno²⁵ e nel diritto internazionale²⁶. Nel caso concreto, come evidenziato nella sentenza, l'applicazione del principio di precauzione deve tendere verso due obiettivi:

- la proibizione dell'utilizzo di sostanze tossiche nell'attività mineraria;
- la dichiarazione che il fiume Atrato è *sujeto de derechos* e, di conseguenza, questa diventa nel caso sottoposto all'attenzione della Corte lo strumento con cui attuare la protezione, la conservazione, il mantenimento e la restaurazione.

Infatti, nella sentenza T-622 de 2016 la *Corte Constitucional de Colombia* «dichiara che il fiume Atrato è soggetto di diritti che implicano la sua protezione, conservazione, mantenimento e, nel caso concreto, la restaurazione»²⁷. La Corte colombiana non si limita alla mera affermazione della personificazione del fiume Atrato, ma pone le basi per la tutela dei diritti dello stesso.

La Corte dispone, perché venga dato compimento a quanto affermato, il meccanismo della tutela e della rappresentanza legale dei diritti del fiume. Lo Stato colombiano eserciterà tali

²⁴ Sentenza T-622/16 della *Corte Constitucional de Colombia*, 138: «precaución en materia ambiental y para proteger el derecho a la salud de las personas».

²⁵ Si veda a tal proposito: articolo 1, numero 6 della Ley 99 del 22 dicembre del 1993 [*Ley General Ambiental de Colombia*]: «la formulación de las políticas ambientales tendrán cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente».

²⁶ Si veda a tal proposito: principio n. 15 della *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo* del 1992: «con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente».

²⁷ Sentenza T-622/16 della *Corte Constitucional de Colombia*, 143, punto 9.32: «declarará que el río Atrato es sujeto de derechos que implican su protección, conservación, mantenimiento y en el caso concreto, restauración».

strumenti unitamente alle comunità etniche che vivono in prossimità del bacino del fiume Atrato.

Da questo consegue che il fiume ed il suo bacino sono rappresentati da un membro delle comunità che hanno promosso l'azione e da un delegato dello Stato colombiano.

Nel dispositivo della sentenza è precisato che la Corte ordina al governo di esercitare la tutela e rappresentanza legale dei diritti del fiume e questa verterà in capo all'istituzione designata dal Presidente della Repubblica. La Corte precisa che potrebbe anche trattarsi del *Ministerio de Ambiente*²⁸. Inoltre, deve essere scelto il rappresentante delle *comunidades accionantes*.

La Corte prevede, inoltre, che al fine di garantire la protezione, il recupero e la preservazione del fiume, deve essere formata una commissione di guardiani del fiume Atrato (*comisión de guardianes del río Atrato*). Nel dispositivo della sentenza è stabilito che i rappresentanti legali del fiume devono entro tre mesi dalla notifica della decisione provvedere a formare la *comisión de guardianes del río Atrato* formata dai guardiani designati e da un gruppo di consulenti. Devono, inoltre, essere invitati l'Istituto Humboldt e WWF Colombia, che hanno in precedenza sviluppato il progetto di protezione del fiume Bitá, affinché possano apportare il bagaglio della loro esperienza per aiutare nella scelta delle azioni da intraprendere. Il gruppo di consulenza può essere formato e ricevere supporto da entità pubbliche e private, università, centri accademici e di ricerca sulle risorse naturali, organizzazioni ambientali, comunitarie e la società civile, che vogliano unirsi al progetto di protezione del fiume Atrato e del suo bacino.

Vi può essere anche la collaborazione del gruppo di esperti incaricato di vigilare sul compimento di quanto disposto nella sentenza. Questi potranno supervisionare, consigliare ed aiutare il lavoro dei guardiani del fiume Atrato.

2.4. I fiumi Ganga e Yamuna sono legal persons

Nel 2017 in India la *High Court of Uttarakhand at Nainital* riconosce i fiumi Ganga e Yamuna come *legal persons/living persons*. Il riconoscimento effettuato dalla Corte, come essa stessa sottolinea²⁹, si pone in conformità a quanto emerge dalla società. Si tratta perciò di un riconoscimento giurisprudenziale che asseconda quanto è già presente nella cultura e nella tradizione del popolo che abita quei territori.

La personificazione giuridica dei fiumi Gange e Yamuna, compresi i loro affluenti, non è solo una mera trasposizione giurisprudenziale del sentire sociale, ma costituisce un buono strumento per preservare, difendere e tutelare i due fiumi. Dallo *status* di *legal person* discendono i diritti ed i corrispondenti doveri e responsabilità.

Ora occorre comprendere chi agisca per i due fiumi e la tutela dei loro interessi. La Corte, a tal proposito, dichiara che il *Director Namami Gange*, il *Chief Secretary of the State of Uttarakhand* e l'*Advocate General of the State of Uttarakhand* sono le persone che *in loco parentis* si occuperanno delle questioni che attengono alla protezione, alla conservazione e alla preservazione dei fiumi Ganga e Yamuna ed i loro affluenti. Non solo queste sono le attività che tali persone devono compiere, ma si dovranno adoperare per promuovere la salute ed il benessere di tali fiumi.

L'avvocato generale è colui il quale dovrà rappresentare nei procedimenti giudiziari l'interesse dei fiumi Gange e Yamuna. Non è, invece, necessaria la presenza del *Secretary, Ministry of Water Resources, River Development and Ganga Rejuvenation*.

²⁸ Il Presidente della Repubblica colombiano con il Decreto 5 luglio 2017, n. 1148, ha designato, in conformità a quanto ordinato nella Sentenza T-622 del 2016, come rappresentante legale dei diritti del fiume Atrato, del suo bacino e affluenti, il Ministero dell'Ambiente e dello Sviluppo Sostenibile.

²⁹ Si veda a tal proposito: *Mohd. Salim v. State of Uttarakhand & others*, Writ Petition (PIL) No. 126 of 2014 (High Court of Uttarakhand at Nainital, March 20, 2017), 11.

3. Dove si trova il fondamento?

Il fatto che entità non umane siano riconosciute come persone con conseguente attribuzione dei relativi diritti, costituisce senza ombra di dubbio una recente novità. Nel diritto in diversi angoli del pianeta questo fenomeno appare in maniera tal volta dirompente, altre volte più timidamente. Occorre comprendere su cosa si basino queste nuove costruzioni giuridiche. Una riflessione nasce dall'analisi del fenomeno: si tratta di una personificazione già presente nella società. In Bolivia ed Ecuador la natura ha un ruolo centrale tra le culture dei popoli indigeni che ne hanno reclamato per anni la tutela. La natura è identificata come la Madre Terra, come un essere vivo con i propri ritmi, i propri cicli vitali. In Nuova Zelanda, Colombia e India i fiumi ai quali è stato attribuito lo *status* di persone hanno da millenni e secoli rivestito un ruolo sacrale, spesso identificati come vere e proprie entità, seppur spirituali, viventi ed esistenti. L'antropomorfizzazione giuridica si pone più in un senso ricognitivo della realtà sociale. Questo cambio di prospettiva non è imposto dal legislatore o da un giudice sulla base di una pura invenzione frutto di una astrazione. Le istanze dei popoli, che per via delle loro radici culturali e della loro tradizione vedono nelle entità naturali veri e propri esseri viventi, con i quali interagiscono e si confrontano nella loro quotidianità formando un sistema di vita armonioso, trovano una risposta giuridica. Le esigenze sociali di tutela prendono forma.

Se si assume quanto affermato da Norberto Bobbio in riferimento all'evoluzione dei diritti che ha caratterizzato la nostra epoca, secondo la quale l'attenzione si è spostata «dalla considerazione dell'uomo astratto» (BOBBIO 1992 [1990], xvi) verso una più ponderata «dell'uomo nelle sue diverse fasi della vita e nei suoi diversi stati»³⁰ e, cioè, come esplicitato e dedotto da Viola (VIOLA 2001, 322): «i diritti seguono il modo culturale d'identificazione dell'essere umano», con il riconoscimento del carattere di soggetto alla natura o alle sue componenti e, conseguentemente, la previsione dei diritti si compie un ulteriore passo in tal senso. Gli individui si identificano ora in questo sistema come facenti parte di un insieme più ampio, non progettato solo ad uso e consumo dell'essere umano, ma inserendosi in un contesto più vasto. L'uomo fa parte della natura, non ne è il padrone assoluto che può deciderne le sorti a suo piacimento, ma con essa cerca l'armonia perché ha compreso che il benessere proprio dipende da quello dell'ambiente che lo circonda. Allo stesso tempo l'uomo recupera le proprie tradizioni basate sulle radici culturali che pongono sullo stesso piano ogni entità che compone la natura. L'essere umano fa un salto ulteriore rispetto all'identificazione nei modi di essere che il mondo giuridico ha acquisito per la tutela dei diritti (fanciullo, adulto, donna, anziano, malato) e diventa nei confronti della Madre Terra e delle entità naturali un pari: nasce la consapevolezza di non essere l'unica persona di riferimento per il sistema diritto a cui appartiene, ma vi sono altre persone che meritano in un certo senso una tutela, che possono vantare la titolarità di diritti e al contempo si assume nuovi obblighi. Nel mondo giuridico non sono gli oggetti ad avere diritti, ma le persone, e questa antropomorfizzazione giuridica in tali termini comporta l'attribuzione di diritti, con i corrispettivi obblighi di rispettarli. In questo modo, viene assolta l'esigenza di tutela delle entità naturali. L'attribuzione di diritti ha dei vantaggi per la protezione ambientale, in quanto non è necessario ricondurre ogni ipotesi di danno alla violazione di diritti o interessi umani. Qualunque attività che si pone in contrasto con i diritti delle entità naturali, che sono affermati, non ricade in un potenziale vuoto che ne comporterebbe l'assenza di tutela in quanto si tratterebbe di un evento non previsto, non contemplato.

La natura e le sue entità, seppur nobilitate al rango di persone, non sempre sono in grado di provvedere da sole alla cura dei propri interessi. Si tratta di una questione in cui si sono

³⁰ BOBBIO 1992 [1990], xvi. Si veda a tal proposito: VIOLA 2001, 322.

cimentati i Paesi già nella fase in cui ne riconoscevano il carattere di soggetto e ne attribuivano i rispettivi diritti. La soluzione a cui si è da subito pensato è il meccanismo della tutela o rappresentanza. Sono gli esseri umani a sostituirsi per le varie incombenze, per agire in giudizio, per reclamare il rispetto dei diritti. In tutti i sistemi giuridici vi sono particolari meccanismi e strumenti per la cura degli interessi delle persone che non possono provvedervi da sole. Si pensi ai minori per i quali agiscono ad esempio i genitori, oppure ai vari strumenti per la tutela dei soggetti incapaci ed anche per le persone giuridiche, in alcuni ordinamenti giuridici, opera il meccanismo della rappresentanza³¹. Allo stesso modo per la Madre Terra e per le entità naturali è l'essere umano ad agire perché siano tutelati nelle sedi amministrative e giudiziali i diritti e gli interessi. Per comprendere quali radici culturali abbiano portato al fenomeno della antropomorfizzazione giuridica della natura e delle sue entità, si rende necessario analizzare, nel presente § 3, seppur in breve, il fondamento culturale posto alla base di ciascuna esperienza.

3.1. La Pachamama

Al fine di comprendere l'apporto che hanno dato le culture andine ai sistemi di protezione ambientale di Ecuador e Bolivia, è necessario analizzare come la antropomorfizzazione giochi un ruolo fondamentale e, dunque, analizzare quale sia la concezione andina di *Pachamama*.

Pachamama è l'unione dei due termini '*pacha*' che significa terra, universo, mondo, tempo e '*mama*' che significa madre³². Manuel Rigoberto Paredes ricostruisce il significato del termine '*Pachamama*' ed analizza il mito ad essa connesso³³.

In una prima accezione '*pacha*' in lingua *Kolla* si riferisce al tempo. Questo tempo viene considerato strettamente legato alla terra. Esso cura i più grandi dolori e smorza le allegrie, rende feconda la terra, dà e toglie la vita agli esseri nell'universo. In seguito, con il contatto con altre culture e l'influsso esercitato da queste contaminazioni sulla lingua assume il significato di Terra.

Il termine '*mama*' significa grande o immenso quando viene ascrivito agli animali o alle cose e superiore se attribuito alle persone. I termini '*mamatay*' in *aymara* e '*mamay*' in *kechua* [*quechua*] sono stati introdotti in seguito alla dominazione spagnola, con probabili influssi derivati dalla parola castigliana '*mamá*' e significano madre. Grazie a questa ricostruzione terminologica si

³¹ Tra gli autori che hanno trattato la possibilità dell'applicazione dello strumento della rappresentanza per sopperire alla incapacità della natura vi è Ramiro Ávila Santamaría. La sua riflessione poggia sulla logica considerazione che se il meccanismo della rappresentanza può essere attribuito alla persona giuridica (persona fittizia), sarebbe illogico escluderne l'applicazione per sopperire all'incapacità della natura, in quanto nel nuovo sistema di tutela ambientale l'Ecuador riconosce la natura come un soggetto, derivando questa personificazione dalla cultura dei popoli indigeni che la considerano una entità viva e reale. Egli analizza tale fenomeno esaminando le categorie ed i concetti contenuti nell'ordinamento giuridico dell'Ecuador ed afferma che «il diritto ha ampiamente riconosciuto il diritto alla rappresentanza e alla capacità delle persone giuridiche [*el derecho ampliamente ha reconocido el derecho a la representación y la capacidad a las personas jurídicas*]» (ÁVILA SANTAMARÍA 2011, 201). Esaminando le norme su cui poggia la ricostruzione di Ávila Santamaría in tema di rappresentanza, occorre per chiarezza espositiva precisare alcuni concetti che potrebbero apparire distanti dall'esperienza giuridica europea. La persona giuridica è definita nell'ordinamento giuridico dell'Ecuador nell'articolo 564 del Código Civil. Essa è «una persona fittizia, capace di esercitare diritti e contrarre obbligazioni civili e di essere rappresentata in sede giudiziale e stragiudiziale [*una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente*]». L'articolo 28 dello stesso codice in tema di rappresentanza legale afferma che: «sono rappresentanti legali di una persona, il padre o la madre, sotto la cui potestà genitoriale vive; il suo tutore o curatore; e lo sono delle persone giuridiche, quelli designati nell'articolo 570 [*son representantes legales de una persona, el padre o la madre, bajo cuya patria potestad vive; su tutor o curador; y lo son de las personas jurídicas, los designados en el Art. 570*]». L'articolo 570 del medesimo codice afferma che: «gli enti sono rappresentati dalle persone alle quali la legge o le ordinanze rispettive, o in mancanza dell'una e dell'altra, un accordo dell'ente, hanno conferito questo carattere [*las corporaciones son representadas por las personas a quienes la ley o las ordenanzas respectivas, o a falta de una y otras, un acuerdo de la corporación, han conferido este carácter*]».

³² Si veda a tal proposito: TOLENTINO, OLIVEIRA 2015, 315.

³³ Si veda a tal proposito: PAREDES 1920, 38-42.

comprende come il concetto di *Pachamama* vada oltre il significato frutto dell'odierna traduzione letterale in Madre Terra e sia denso di contenuti forgiati nelle millenarie culture andine precolombiane fino ai giorni nostri. Il senso rintracciabile in tale parola tra le culture andine può, perciò, essere ricondotto a quello di «terra grande, colei che dirige e sostiene la vita» (PAREDES 1920, 39).

Paredes³⁴ riferisce di una festa (*la fiesta de Pacha*) nella quale si celebra la natura in un determinato giorno dell'anno, che è stato ricondotto a quello dello Spirito Santo. La cerimonia denominata *kkoaña* segue un preciso rituale. I gioielli ed i soldi guadagnati in un anno vengono esposti su di un tavolo nel patio all'aperto. Si chiede, poi, la protezione della *Pachamama*, versando in terra in suo tributo *aguardiente*, prima di prenderne una goccia. Attorno al tavolo vi sono dei bracieri nei quali si fanno ardere determinati rametti e steli, nonché pezzetti di animali. Quando nei bracieri arde questo composto, la casa deve essere vuota, perché gli individui non devono entrare in contatto con il fumo, rappresentante i mali, che devono disperdersi nell'aria. Dopo che tutto il contenuto dei bracieri è stato arso si fa rientro nell'abitazione e si rovesciano in terra, in segno di contentezza, dolci e fiori. Si ricorre alla stessa cerimonia, anche in forma meno solenne, quando ci si trasferisce in un'altra abitazione, al fine di allontanare gli spiriti malvagi ed i mali che potrebbero aver lasciato i precedenti proprietari.

Altro rituale descritto da Paredes³⁵ è celebrato il martedì di carnevale. Si rovesciano in omaggio alla *Pachamama* fiori e dolci e misture in tutte le stanze della casa. Si chiede in tale occasione alla *Pachamama* di conservare in salute i proprietari e la loro proprietà. L'offerta alla *Pachamama* deve restare al suolo e lasciata consumare dall'azione del tempo, se fosse raccolta dal suolo e qualcuno se ne servisse, si attirerebbe l'ira della «divinità onorata» (PAREDES 1920, 41) che potrebbe per questo dispensare morte, malattie e disgrazie.

Vi sono dei luoghi che vengono riconosciuti come dispensatori di una grande forza vitale chiamati *Samiri*. Sono luoghi designati dagli antenati e ogniqualevolta il discendente vi si reca, riceve un «respiro o soffio vivificante (*soplo vivificador*)» (PAREDES 1920, 41). In tali spazi la *Pachamama* dava tutto ciò che poteva ai suoi abitanti. Questi luoghi vengono identificati come zone dove una madre rianima l'essere vivente che implora aiuto. Per questo motivo i *Samiri* sono luoghi venerati e dove si offrono sacrifici³⁶.

3.2. Il Whanganui River

Il popolo *Whanganui Iwi* ha due antenati in comune con il fiume *Te Awa Tupua: Paerangi e Ruatipua*. Viene narrato che *Ruatipua* «attinge la forza vitale dalle sorgenti del fiume *Whanganui* dal monte *Tongariro* e i suoi affluenti che si estendono fino al mare»³⁷.

Il fiume è considerato come una entità viva nella sua interezza dalla sua sorgente fino al mare con tutti i suoi affluenti che vi interagiscono. Esso porta con sé un carico che va oltre il livello fisico e si arricchisce di contenuti metafisici e spirituali. Il fiume è parte integrante della vita del popolo che vi dimora in prossimità, in quanto non si limita a offrire sostentamento o una via di comunicazione per gli abitanti, ma da un punto di vista spirituale effonde energia e quello che viene denominato in lingua maori *ora*, cioè vita, benessere. In questo modo il fiume è considerato dispensatore di sostentamento fisico e spirituale³⁸.

³⁴ Si veda a tal proposito: PAREDES 1920, 39 s.

³⁵ Si veda a tal proposito: PAREDES 1920, 40 s.

³⁶ Si veda a tal proposito: PAREDES 1920, 41 s.

³⁷ *Whanganui Iwi and the Crown*, Tūtohu Whakatupua, 30 August 2012, paragrafo 1.1.: «draws life force from the headwaters of the Whanganui River on Mount Tongariro and its tributaries which stretch down to the sea». Si veda a tal proposito: HSIAO 2012, 371.

³⁸ Si vedano a tal proposito: SALMOND 2014, 286; *Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017*,

L'interconnessione tra il popolo ed il fiume *Te Awa Tupua*, che affonda le proprie radici saldamente nella cultura, è tale da generare «il desiderio dei *Whanganui Iwi* di prendersi cura, proteggere, gestire e utilizzare il fiume *Whanganui* attraverso il *kawa* e il *tikanga*³⁹ conservati dai discendenti di *Ruatipua* e *Paerangi*»⁴⁰. Questa strettissima relazione tra i *Whanganui Iwi* ed il *Whanganui River* è pienamente rispecchiata in un modo di dire che viene tramandato dai popoli che vivono in un forte piano di connessione con il fiume: «*Ko au te awa, ko te awa ko au*». Tale frase in lingua Maori, densa di significato, viene riportata nel *Tūtohu Whakatupua* del 30 agosto 2012 e nel *Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act* del 2017 anche nella corrispondente traduzione inglese: «*I am the River and the River is me*». Si comprende quanto sia prezioso per tale popolo il fiume. Quando si afferma «io sono il fiume ed il fiume è me» si vuole identificare il *Te Awa Tupua*, inteso come un essere vivente, come un vero e proprio antenato del popolo *Whanganui*⁴¹.

3.3. Il río Atrato

Nella Sentenza T-622/16 la *Corte Constitucional de Colombia* prende in considerazione i diritti bioculturali, i quali definisce come quelli in capo alle comunità etniche che si esplicano nella amministrazione e nella tutela autonoma del proprio territorio e delle risorse naturali. Queste attività avvengono in conformità alle proprie leggi e consuetudini. In questi territori si sviluppa la cultura, la tradizione di tali popoli e lo stile di vita si conforma sulla base della “relazione speciale” che la comunità ha con l'ambiente e la biodiversità. Questa tipologia di diritti, pertanto, è la risultante della relazione che intercorre tra la cultura delle comunità etniche e indigene e la natura con le sue risorse⁴².

La Corte riconosce lo stretto legame esistente tra il territorio e le sue risorse ed i popoli indigeni ed afro-colombiani. Si tratta di una visione abbastanza distante da quella della cultura giuridica occidentale. Il territorio risulta legato all'esistenza, alla sopravvivenza di queste comunità su di una dimensione religiosa, politica, sociale economica e ludica. Il territorio non è dominio indiscusso del popolo, ma è considerato come un elemento essenziale degli ecosistemi e della biodiversità con cui queste comunità si trovano a convivere quotidianamente⁴³.

La particolare relazione tra i popoli che abitano in un determinato luogo e l'ambiente che li circonda è stata oggetto della Sentenza SU-383/03 della *Corte Constitucional de Colombia*. I popoli indigeni e tribali hanno una concezione del territorio che si distacca dalla visione che l'ordinamento giuridico ha della dimensione spaziale. La Corte inquadra questa differenza insita nella concezione indigena nella territorialità che: «non si limita unicamente ad una occupazione e appropriazione della foresta e delle sue risorse»⁴⁴. Vi sono, poi, tutta una serie di aspetti simbolici che entrano in gioco nella gestione delle risorse naturali e nella interazione con la natura. Sono

Subpart 2.

³⁹ I termini ‘*kawa*’ e ‘*tikanga*’ sono spesso utilizzati come sinonimi, ma ciò non è del tutto corretto. Il significato dei due termini traccia una linea di demarcazione che ne sancisce la non intercambiabilità. La parola *kawa* fa riferimento a «rituali o azioni cerimoniali o protocolli che guidano il modo in cui viene ordinata la vita di Maori». La parola *tikanga* designa le consuetudini del popolo Maori, le regole o i metodi. Quando viene riferito ad un'azione assume l'accezione di «diritto di fare qualcosa». Si vuole designare con questo termine il mezzo attraverso il quale la società è ordinata. Si veda a tal proposito: MAJUREY et al. 2010, 274. Cfr. WILLIAMS 1971, 416 s.; MEAD 2003, 12.

⁴⁰ *Whanganui Iwi and the Crown, Tūtohu Whakatupua*, 30 August 2012, paragrafo 1.3.: «the desire of Whanganui Iwi to care, protect, manage and use the Whanganui River through the *kawa* and *tikanga* maintained by the descendants of *Ruatipua* and *Paerangi*». Si veda a tal proposito: HSIAO 2012, 371.

⁴¹ Si veda a tal proposito: HSIAO 2012, 371.

⁴² Si veda a tal proposito: Sentenza T-622/16 della *Corte Constitucional de Colombia*, 2.

⁴³ Si veda a tal proposito: Sentenza T-622/16 della *Corte Constitucional de Colombia*, 74-76.

⁴⁴ Si vedano a tal proposito: Sentenza SU-383/03 della *Corte Constitucional de Colombia*, 116; FRANKY CALVO, MAHECHA 2000, 205.

assunti, cioè, dei contenuti che trascendono l'empiricità e si arricchiscono di simbolismi associati ad una dimensione che si potrebbe definire spirituale, non riconosciuta dalla scienza occidentale.

3.4. Il fiume Gange ed il suo affluente Yamuna

Il fiume Gange ed il suo affluente Yamuna rivestono una notevole importanza. Il Gange è considerato, non solo nella cultura indiana, il principale fiume purificatore. Esso è menzionato anche nella Genesi tra i quattro fiumi che hanno origine nell'Eden⁴⁵. L'origine divina, riconosciuta dal popolo indiano, lo fa discendere dalla chioma della dea Shiva e lo identifica come manifestazione della medesima divinità. La forza purificatrice di questo fiume è tale che si ritiene possa lavar via ogni peccato, anche il più grave, commesso dagli uomini⁴⁶.

I fiumi, secondo le credenze indù, svolgono la funzione purificatrice. Il Gange è quello che tra tutti ha maggiore forza nello svolgere tale funzione. Esso assume una notevole rilevanza in particolari cerimonie, si pensi ad esempio ai rituali della nascita, alle cerimonie di iniziazione, ai riti di purificazione e in molti casi ha un ruolo centrale in rituali matrimoniali o in cerimonie funerarie. Spesso si sente parlare del fiume Gange come della vera anima dell'India. Una simile affermazione è spiegabile alla luce del grande valore simbolico che riveste nella spiritualità del popolo indiano.

Si ritiene che il Gange porti la vita attraverso l'acqua sacra e per questo motivo viene chiamato Madre Gange⁴⁷. Il fiume Gange fa parte integrante dei rituali induisti e assume spesso una dimensione che trascende dalla visione terrena: esso scorre in cielo, sulla terra e negli inferi.

Il Gange per i popoli che lo venerano ha poteri fisici, mentali, emotivi e spirituali. I medesimi popoli sentono un legame indissolubile con il fiume. Infatti, Rana P.B. Singh afferma che quando si passeggia lungo le sponde del Gange si avverte una sacralità già nota agli antenati, i quali sulle stesse rive ebbero alcune manifestazioni e rivelazioni. Il Gange è un organismo vivente che si rivela dinnanzi a particolari forme di comunicazione, interazione e sensibilità ambientali⁴⁸.

Molti sono i siti sacri e i luoghi di pellegrinaggio che si estendono lungo il corso del Gange e tantissimi riti si compiono per celebrare il fiume.

Tra i rituali di maggior rilievo presenti nella cultura induista spicca la festa della brocca [*kumbh mela*]. Questa festa, come sottolinea Roberto Cipriani (CIPRIANI 2017, 161), «rappresenta al massimo grado il legame tra l'acqua e la religione».

Tale festa viene celebrata con cadenza dodicennale nel *Triveni Sangam*, proprio nel luogo dove confluiscono il fiume Gange, il fiume Yamuna ed il sacro ed invisibile fiume Sarasvati. Il mito, raccontato nei *Purana*, narra di una epoca antica in cui gli dei ed i demoni, facendo ribollire le acque dell'oceano, ottennero una brocca con all'interno il nettare della vita eterna. I demoni si accaparrarono la brocca, ma lo spirito Jayanta impossessatosene la portò in cielo. In questo turbolento trasporto, che durò dodici giorni, caddero quattro gocce che una volta giunte a terra formarono le città di Haridwar, Allâhâbâd, Nashik e Ujjain. Ciascuna di queste città festeggia la *kumbh mela* ogni dodici anni ed essa ha luogo a turno ogni tre anni in una città diversa. Il momento maggiormente significativo della festa ha luogo nella giornata della luna nuova. I pellegrini con un bagno rituale si liberano dal ciclo di vita e morte. Vi sono, inoltre, celebrati alcuni riti del fuoco con candelabri accesi. Le fiammelle sono poi riposte in recipienti che permettono di adagiarle sul fiume e lasciate andare verso il mare. In tale festa sono celebrati i fiumi Gange e Yamuna, i quali sono identificati come dee fiume. Nella loro rappresentazione

⁴⁵ Il fiume Pison indicato nella Genesi (2:10-12) da alcuni studiosi è identificato con il Gange.

⁴⁶ Si veda a tal proposito: ANGELINI, RE 2012, 14.

⁴⁷ Si veda a tal proposito: SINGH 1994, 211 s.

⁴⁸ Cfr. SINGH 1994, 212.

vengono raffigurati rispettivamente con una anfora d'acqua il primo sulla mano sinistra e l'altro sulla destra per accentuare l'unione dei due fiumi⁴⁹.

4. Perché il fenomeno dell'antropomorfizzazione giuridica è importante?

La grandezza del fenomeno dell'antropomorfizzazione giuridica risiede su più punti. Si tratta di una espressione di democraticità statale. Ci si trova dinnanzi a cinque Paesi che hanno dato voce alle culture locali, alla tradizione ancestrale che li caratterizza. Le novità introdotte con la antropomorfizzazione giuridica della natura e delle sue entità contribuiscono ad innovare il diritto dei Paesi che hanno fornito nel presente lavoro lo spunto per analizzare il fenomeno nelle varie espressioni delle sue forme. Per trovare la soluzione alle problematiche ambientali ci si è sganciati dalla fissità delle categorie giuridiche già presenti e questo si iscrive in una visione del diritto caratterizzata dalla dinamicità: il diritto asseconda il cambiamento che avviene nella società quando si apre all'espressione paritaria di tutte le culture che conformano lo Stato. Il diritto inteso come regolatore della società è riuscito ad assimilare le categorie presenti nelle comunità etniche e ne ha accolto le istanze volte al riconoscimento della natura e delle sue componenti come entità vive e, pertanto, meritevoli di una particolare tutela, accordando il grado massimo di attenzione: conferendo veri e propri diritti. Il presente § 4, si pone l'obiettivo di analizzare le questioni emerse finora.

4.1. Diritto, cultura e società

Nel presente lavoro si è sfiorato spesso il rapporto tra diritto e cultura, per questo motivo si rende necessario comprendere in che misura questo rapporto ha operato nel fenomeno della antropomorfizzazione giuridica.

Preliminarmente occorre definire a quale significato di ciascuno dei due termini si deve far riferimento, per poter analizzare il rapporto tra diritto e cultura. Il ventaglio di definizioni che possono essere date del termine diritto è ricondotto ad un triplice senso⁵⁰: il senso di norma, il senso di attribuzione o il senso di scienza. Ai fini della presente trattazione, dovendo esaminare il collegamento esistente tra diritto e cultura, si assume come concetto di diritto quello relativo all'insieme delle norme che regola una società che condivide uno stesso ideale di giustizia, allineandosi in tal modo al concetto delineato da Américo Plá Rodríguez⁵¹.

Definire il concetto designato dalla parola cultura si pone come una più ardua impresa, stante la varietà di accezioni che nel tempo ne sono state formulate. A tal fine sembra proficuo ripercorrere i passi definitivi tracciati da Plá Rodríguez⁵². È utile partire dai due significati principali del termine cultura. Il primo, rintracciato da Plá Rodríguez, è quello fornito dalla *Real Academia Española*, secondo la quale con la parola cultura si identifica «l'unione delle conoscenze, valori, credenze, ecc. che condizionano il modo di vivere e le consuetudini di un gruppo sociale o di una epoca»⁵³. Il secondo consiste nella definizione affermata da Plá Rodríguez. È una definizione più restrittiva, che si allinea alla prima, secondo la quale il termine cultura può essere definito: «come la componente storica, etnica, ideologica, religiosa, artistica che può esistere in ogni settore della società» (PLÁ RODRÍGUEZ 1996, 86).

⁴⁹ Sulla festa del *kumbh mela*, sulla simbologia di essa e sul rituale seguito si veda: CIPRIANI 2017, 161 s.

⁵⁰ Si veda a tal proposito: PLÁ RODRÍGUEZ 1996, 85.

⁵¹ Si veda a tal proposito: PLÁ RODRÍGUEZ 1996, 85.

⁵² Si veda a tal proposito: PLÁ RODRÍGUEZ 1996, 85 s.

⁵³ Tale definizione è riportata nel testo: PLÁ RODRÍGUEZ 1996, 86.

Ora, dalla riflessione che scaturisce dalle definizioni dei due termini emerge che il diritto, inteso come insieme di norme che regola la società condividente un medesimo ideale di giustizia, nel fenomeno dell'antropomorfizzazione giuridica si pone come espressione della società, di quel valore di giustizia tracciato nella cultura dei popoli che compongono i Paesi che hanno operato la scelta del riconoscimento di persona giuridica, dello *status* di soggetto della natura e delle sue entità. La cultura, nel senso della componente storica, etnica, ideologica, religiosa e artistica, esprime tutta la sua forza nel ritenere queste entità non umane veri e propri esseri viventi, a volte divinità, e pertanto meritevoli della loro qualificazione come persone e della conseguente attribuzione di veri e propri diritti da parte dell'ordinamento giuridico.

Potrebbe sembrare bizzarro, se si pensa alla concezione del diritto come quello che promana da una autorità statale e legato ai dogmi da cui sorgono le categorie nel mondo giuridico, un cambio così radicale dall'antropocentrismo giuridico ad un biocentrismo che non pensa più al diritto come appannaggio dell'essere umano, ma conferisce diritti ad altri esseri animati o inanimati e pone in essere gli strumenti utili per tutelare e difendere questi nuovi diritti.

Pensare al diritto come ad un qualcosa di totalmente slegato dalla società e ridurlo a una pura speculazione dogmatica basata sulle categorie preesistenti sarebbe riduttivo. Il diritto si muove "per la società" andando a svolgere la propria funzione regolatrice ed "in funzione della società" andando ad accogliere e dare risposta alle esigenze che pian piano si affacciano sullo scenario sociale. Alla base del fenomeno della antropomorfizzazione giuridica vi sono state le istanze dei popoli indigeni o delle comunità etniche che hanno sollevato la propria voce verso i Governi ed i Legislatori affinché riconoscessero come persone le entità non umane già annoverate come valori fondanti la propria cultura e caratterizzanti i propri stili di vita. In tal senso e concordemente alla lettura che fa Luciano Patruno⁵⁴ delle teorie di Gustav Radbruch⁵⁵, bisogna riflettere sul pensiero di Radbruch che vede nel diritto che si poggia sulla natura delle cose [*Natur der Sache*] non l'imposizione della ragione sui fatti, ma che la stessa ragione è insita nella natura dei fatti. Per Radbruch la *Natur der Sache* è un mezzo che contribuisce all'avanzamento del diritto. Come sostiene sul punto Giovanni Orrù, la natura delle cose è nella visione che ne ha Radbruch «un veicolo di progresso del diritto, in quanto essa non è altro che una locuzione per indicare la continua necessità del diritto di concetti, istituti e principi che tengano conto della mutata realtà socio-economica» (ORRÙ 1997, 52). La natura delle cose ha dunque una «funzione orientativa», lungi dall'essere una «fonte formale del diritto»⁵⁶. La natura dei fatti può portare, dunque, alla costruzione giuridica ispirata al sentire sociale.

Il diritto, troppo spesso visto freddo e barricato nei dogmi, si è fatto carico di quelle forze emergenti nella società, che utilizzando le parole di Paolo Grossi potrebbero essere definite «forze agenti nella società»⁵⁷. Nei Paesi che hanno optato per la raccolta delle istanze dei popoli indigeni o delle comunità etniche, mediante il riconoscimento costituzionale, legislativo o giurisprudenziale, è avvenuto quell'agognato ascolto da parte del diritto della voce del sentire sociale. Vi è stato il recupero della dimensione sociale, quel recupero definito da Grossi non più procrastinabile⁵⁸, nella misura più alta: dalla società e, più propriamente, dalla cultura e dalla tradizione degli avi che la società porta con sé sono nate nuove prospettive giuridiche, nuovi

⁵⁴ Si veda a tal proposito: PATRUNO 2007, 2.

⁵⁵ Si veda a tal proposito: RADBRUCH 1956, 8 e 34-36.

⁵⁶ Su tale aspetto si veda: ORRÙ 1997, 52.

⁵⁷ L'autore ha tratto tale espressione da: GROSSI 2003, 37.

⁵⁸ Si veda a tal proposito: GROSSI 2003, 38: «oggi si avverte la decrepitezza di questo castello di altri tempi, assolutamente inadeguato con il suo fossato isolante, il suo ponte levatoio, le mura interrotte da minime feritoie, le bertesche in alto. Lasciando le immagini evocatrici, non ci si può esimere dal riscontrare che il mondo intiero corre in una direzione, che non è già quella del rinseramento nella corazza della validità ma di una valorizzazione dell'opposto principio di effettività; si guarda cioè alla carica vitale di certi fatti e alla loro incisività nel sociale, una incisività determinata da una loro propria forza interiore».

soggetti, nuove persone giuridiche e nuove categorie di diritti, mai pensabili secondo i dogmi giuridici che vedono la titolarità dei diritti solamente in capo agli esseri umani. Sono crollati quegli schermi che nella civiltà giuridica moderna di matrice europea hanno sostituito i filtri tra diritto e società per creare spesso muri e cagionato un impoverimento reciproco dei mondi del diritto e del sociale. Con l'antropomorfizzazione giuridica si sono demolite le fortezze dogmatiche in cui il diritto si era arroccato. Il diritto in maniera dirompente ha riacquisito la sua funzione di filtrare in norme giuridiche la realtà dei fatti presente all'interno della società e si è fatto veicolo della costruzione di un sistema che rispecchia in maniera più aderente la cultura dei popoli che abitano il territorio di questi Paesi.

4.2. *Cultura, essere umano e democrazia*

La questione che ha attanagliato le riflessioni precedenti alle riforme giuridiche e alle pronunce giurisprudenziali dei Paesi che hanno optato per l'antropomorfizzazione giuridica è stata caratterizzata da un dialogo plurale tra le culture dei popoli che compongono tali Stati.

La dimensione plurale è oggi considerata dai più sintomo di democraticità e nei Paesi moderni è avvertita come contrapposizione del superato colonialismo che ha segregato nei secoli precedenti alcuni popoli in virtù di una idea di progresso votato ad imporre una nuova cultura, diversi stili di vita, lingue e credenze delle popolazioni dominanti. L'affermazione dell'antropomorfizzazione giuridica, intesa come prodotto della società, che da sempre riconosce il carattere di persona alla natura o alle entità naturali, è nata sotto la luce di un clima di rappresentazione paritaria dei popoli che compongono gli Stati e di tutto il loro carico culturale, i loro stili di vita, le loro credenze.

Occorre, perciò, comprendere come la cultura di un popolo sia parte integrante dell'essere umano e a tal proposito sono illuminanti le parole di Juan Ansión, il quale afferma che:

«le culture non sono cose, appartengono al mondo interiore delle persone. Una cultura è un insieme di modi consueti e condivisi di vedere il mondo, di fare le cose, di risolvere i problemi, di relazionarsi con gli altri, con la natura e con se stessi. È un modo di vedere e conoscere il mondo, se per conoscere non comprendiamo solo la relazione con il mondo attraverso il nostro intelletto, ma anche mediante i nostri affetti, il nostro senso etico ed estetico e, in generale, tutto il nostro corpo»⁵⁹ (ANSIÓN 1994, 12).

In tal modo si comprende come la cultura non sia un qualcosa di esterno all'uomo, ma ne costituisca una parte davvero importante. La cultura è parte dell'uomo e costituisce una parte fondamentale nella vita di ciascun individuo. Quando il ruolo esercitato dalla cultura ed il suo valore non sono adeguatamente riconosciuti si disconosce l'uomo e quando si tratta di una tale aggressione nei confronti dell'individuo, si viola «in maniera vitale la democrazia»⁶⁰.

4.3. *L'antropomorfizzazione giuridica come strumento per la tutela ambientale*

La domanda che sorge spontanea nell'affrontare il tema della antropomorfizzazione giuridica è relativa al fatto se si tratti di un idoneo strumento di cui il diritto possa servirsi per tutelare in maniera efficace l'ambiente. L'aver riconosciuto la natura o entità naturali come soggetti e l'attribuzione di veri e propri diritti presenta molteplici vantaggi in termini di tutela.

⁵⁹ «Las culturas no son cosas, pertenecen al mundo interno de las personas. Una cultura es un conjunto de formas acostumbradas y compartidas de ver el mundo, de hacer las cosas, de resolver problemas, de relacionarse con los demás, con la naturaleza y con uno mismo. Es una manera de ver y conocer el mundo, si por conocer no entendemos solamente la relación con el mundo mediante nuestro intelecto, sino también a través de nuestros afectos, nuestro sentido ético y estético y, en general, todo nuestro cuerpo».

⁶⁰ Cfr. PLÁ RODRÍGUEZ 1996, 92.

Per prima cosa, occorre pensare che la violazione dei diritti comporta una tutela immediata nelle opportune sedi e seguendo l'iter processuale o procedimentale più adatto. Non è necessario avere delle norme che vietino determinate condotte specifiche, in quanto ogni condotta che si ponga in contrasto con l'esercizio dei diritti può trovare una pronta risposta da parte dell'ordinamento giuridico. Di consueto, dinnanzi ai danni ambientali sorgono questioni che individuano vuoti di tutela o una protezione ambientale non sempre efficace di fronte a determinati episodi che sfociano in eventi di danno. Con la previsione di diritti in capo alla natura o alle sue componenti questo rischio viene scongiurato. Si tratta di sistemi che su un piano di efficacia parrebbero non lasciare dubbi o esporre il fianco. Il meccanismo della rappresentanza escogitato per esperire le idonee azioni presso i tribunali fa sì che l'uomo si sostituisca al fine di richiedere la riparazione dei danni e, più in generale, la tutela giudiziaria dei diritti della natura o delle entità naturali. Da questa maggiore tutela, potrebbero sorgere dei problemi circa i rapporti tra gli interessi contrastanti a questi diritti. Si pensi alle limitazioni che potrebbero subire le attività agricole, i poteri dei proprietari degli animali, gli utilizzatori delle acque dei corsi d'acqua⁶¹. I giudici, al pari di come risolvono i contrasti tra interessi diversi e opposti in altri settori, dovranno fissare i punti di equilibrio caso per caso e la possibilità di ricorrere a questa attività di bilanciamento fa ritenere che si tratti di problematiche superabili. Il bilanciamento viene costruito mattoncino dopo mattoncino nelle aule dei Tribunali da quella nuova giurisprudenza, che segue nuovi criteri rispetto a quelli precedenti all'ideazione dei nuovi sistemi di tutela ambientale, auspicata da Eugenio Raúl Zaffaroni (ZAFFARONI 2011b, 136). Il faro che illumina il bilanciamento degli interessi in gioco deve consistere nel tener conto delle condizioni umane tese ad una vita dignitosa, dell'uso non abusivo delle entità naturali, ma soprattutto il bilanciamento non dovrà essere ispirato al mero ottenimento di maggiori guadagni (ZAFFARONI 2011b, 135).

L'antropomorfizzazione giuridica, al di là del nobile riconoscimento dei valori culturali dei popoli che compongono i Paesi, si pone su un piano funzionale notevole. I sistemi di protezione ambientale così fondati divengono un adeguato strumento di tutela ambientale che si è formato dal recepimento dei valori culturali della tradizione dei popoli indigeni e delle comunità etniche che hanno fatto sentire la propria voce per ricevere una risposta all'esigenza sociale di riconoscere quella dignità, già presente nella propria tradizione, alla natura ed alle entità naturali da parte dei Governi, dei Legislatori e dei Giudici. Il recupero e la trasposizione nel diritto della dignità e della sacralità della natura e delle sue componenti ha portato alla considerazione che anche la natura o le entità naturali siano persone o soggetti e meritino pertanto che il sistema giuridico accordi la tutela dei loro diritti.

5. Conclusioni

Il presente lavoro si è posto l'obiettivo di analizzare il fenomeno dell'antropomorfizzazione giuridica. Dopo aver esaminato i testi Costituzionali, legislativi e le sentenze che mostrano la manifestazione reale di tale fatto, l'attenzione è stata dedicata alla comprensione dell'interazione tra la cultura dei popoli che compongono il territorio dei Paesi che hanno optato per una costruzione giuridica biocentrica ed il diritto. Il mondo del diritto non poteva rimanere inerte dinnanzi al valore "sacrale" rivestito dalla natura e dalle entità naturali nelle culture di appartenenza. La società reclamava a gran voce il riconoscimento della natura e delle sue componenti come soggetti, come persone e l'affermazione dei loro diritti. A prima vista l'antropomorfizzazione giuridica può sembrare inusuale. Per la prima volta nel panorama

⁶¹ Si vedano a tal proposito: ZAFFARONI 2011a, 25 s.; ZAFFARONI 2011b, 134-136.

giuridico si affacciano altri soggetti non umani titolari di diritti. Il forte valore simbolico del recepimento della visione già presente nella società indigena e nelle comunità etniche si pone come ascolto paritario da parte dello Stato di tutte le voci dei suoi cittadini e per questo diviene espressione democratica. L'aspetto che colpisce non è solamente l'aver voluto arricchire il diritto con elementi propri della cultura degli antenati o del sapere tradizionale o della cosmovisione indigena e delle comunità etniche, ma il fatto che tali aspetti risultano funzionali alla tutela ambientale. In un'epoca in cui si cercano costantemente soluzioni efficaci per difendere l'ambiente, una possibile soluzione arriva dalla tradizione, da quel sapere degli antenati tramandato di generazione in generazione. La natura e le entità naturali sono secondo questi popoli un qualcosa di sacro, che dà la vita, che contribuisce al benessere dell'essere umano. La strada suggerita dalla cosmovisione indigena e delle comunità etniche predica l'armonia con tutto ciò che circonda l'uomo. L'uomo è inserito in un tutto vivo e il benessere e la salute dell'uomo dipendono dalla protezione dell'ambiente che lo circonda. In questo modo, riscoprire le proprie radici diviene il modo per garantire il nostro futuro e quello dei nostri discendenti. La natura e le entità naturali divengono in tali sistemi giuridici persone a tutti gli effetti, hanno veri e propri diritti e si può agire per la loro tutela dinanzi ai tribunali. La portata del fenomeno è tale che sul piano della protezione dell'ambiente parrebbe ad oggi non lasciare questioni in sospeso o situazioni non difendibili. Anche quando queste nuove categorie di persone non possono provvedere alla propria tutela sono soccorse dal meccanismo della rappresentanza. L'Ecuador, la Bolivia, la Nuova Zelanda, la Colombia e lo Stato indiano dell'*Uttarakhand*, pionieri nella antropomorfizzazione giuridica della natura e dei fiumi, hanno pensato che nei casi in cui la natura o i fiumi non possano curare i propri interessi autonomamente sia l'essere umano ad agire per loro. In questo modo hanno cercato di dare completezza al sistema biocentrico adottato. I segnali che giungono da queste esperienze fanno ben sperare in una nuova alba per la tutela ambientale. L'antropomorfizzazione giuridica della natura e delle entità naturali parrebbe una possibile strada percorribile come idonea soluzione alle problematiche ambientali per le quali il diritto cerca ogni giorno sempre nuove e più efficaci vie che garantiscano il rispetto, la conservazione e la sopravvivenza della natura e di tutte le sue componenti.

Riferimenti bibliografici

- ACOSTA A. 2011. *Los Derechos de la Naturaleza. Una lectura sobre el derecho a la existencia*, in ACOSTA A., MARTÍNEZ E. (eds.), *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política*, Abya-Yala, 317 ss.
- ANGELINI A., RE A. 2012. *Parole, simboli e miti della natura*, Qanat.
- ANSIÓN J. 1994. *La interculturalidad como proyecto moderno*, in «Páginas», 129, 1994, 9 ss.
- ÁVILA SANTAMARÍA R. 2011. *El derecho de la naturaleza: fundamentos*, in ACOSTA A., MARTÍNEZ E. (eds.), *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política*, Abya-Yala, 173 ss.
- BAVIKATTE K.S., BENNETT T. 2015. *Community stewardship: the foundation of biocultural rights*, in «Journal of Human Rights and the Environment», 1, 2015, 7 ss.
- BOBBIO N. 1990. *L'età dei diritti*, Einaudi, 1992.
- BONFIL BATALLA G. 1982. *El etnodesarrollo: sus premisas jurídicas, políticas y de organización*, in BONFIL BATALLA G., IBARRA M., VARESE S., VERISSIMO D., TUMIRI J., et al., *América Latina: Etnodesarrollo y Etnocidio*, Ediciones FLACSO, 131 ss.
- CIPRIANI R. 2017. *L'acqua e la religione come fattori di integrazione*, in «Futuribili. Rivista di studi sul futuro e di previsione sociale», 1, 2017, 151 ss.
- FRANKY CALVO C.E., MAHECHA D. 2000. *La Territorialidad entre los pueblos de tradición nómada del noroeste amazónico colombiano*, in VIECO J.J., FRANKY CALVO C., ECHEVERRI J.A. (eds.), *Territorialidad Indígena y ordenamiento de la Amazonía*, Universidad Nacional de Colombia, 183 ss.
- GROSSI P. 2003. *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 1, 2003, 25 ss.
- GUDYNAS E. 2011. *Desarrollo, derechos de la naturaleza y Buen vivir después de Montecristi*, in WEBER G. (ed.), *Debates sobre cooperación y modelos de desarrollo. Perspectivas desde la sociedad civil en el Ecuador*, Centro de Investigaciones CIUDAD y Observatorio de la Cooperación al Desarrollo, 83 ss.
- HSIAO E.C. 2012. *Whanganui River Agreement - Indigenous Rights and Rights of Nature*, in «Environmental Policy and Law», 6, 2012, 371 ss.
- MAJUREY P.F., ATKINS H., MORRISON V., HOVELL T. 2010. *Māori Values Supplement*, New Zealand Ministry of the Environment. Disponibile in: <https://www.mfe.govt.nz/sites/default/files/maori-values-supplement.PDF> (consultato il 04 giugno 2019).
- MEAD H.M. 2003. *Tikanga Māori - Living by Māori Values*, Huia Publishers.
- ORRÙ G. 1997. *I criteri extralegali di integrazione del diritto positivo nella dottrina tedesca contemporanea*, Vita e pensiero.
- PAREDES M.R. 1920. *Mitos, supersticiones y supervivencias populares de Bolivia*, Arno Hermanos.
- PATRUNO L. 2007. *La "natura delle cose"*, in «Archivio di diritto e storia costituzionali», 2007. Disponibile in: <http://www.dircost.unito.it/dizionario/pdf/Patrano-Natura.pdf> (consultato il 03 maggio 2019).
- PERRA L. 2019. *Etnodesarrollo jurídico y protección del medio ambiente*, in «Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável», 34, 2019, 67 ss. Disponibile in: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1385> (consultato il 01 giugno 2019).
- PLÁ RODRIGUEZ A. 1996. *Derecho y cultura*, in «Revista de la Facultad de Derecho», 10, 1996, 85 ss.
- RADBRUCH G. 1956. *Der Geist des englischen Rechts*, Vandenhoeck & Ruprecht.

- SALMOND A. 2014. *Tears of Rangi. Water, power, and people in New Zealand*, in «Hau: Journal of Ethnographic Theory», 3, 2014, 285 ss.
- SINGH R.P.B. 1994. *Water symbolism and sacred landscape in Hinduism: a study of Benāres (Vārānasi)*, in «Erdkunde», 3, 1994, 210 ss.
- SUÁREZ S. 2013. *Defending nature: Challenges and obstacles in defending the rights of nature Case Study of the Vilcabamba River*, Friedrich-Ebert-Stiftung.
- TOLENTINO Z.T., OLIVEIRA L.P.S. 2015. *Pachamama e o Direito à Vida: Uma Reflexão na Perspectiva do Novo Constitucionalismo Latino Americano*, in «Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável», 23, 2015, 313 ss. Disponibile in: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/download/393/450> (consultato il 06 giugno 2019).
- VIOLA F. 2001. *Etica dei diritti*, in VIGNA C. (ed.), *Introduzione all'etica*, Vita e Pensiero, 319 ss.
- WILLIAMS H.W. 1971. *Dictionary of the Māori Language*, GP Publications.
- ZAFFARONI E.R. 2011a. *La naturaleza como persona: de la Pachamama a la Gaia*, in ESPINOSA GALLEGOS-ANDA C., PÉREZ FERNÁNDEZ C. (eds.), *Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos*, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 3 ss.
- ZAFFARONI E.R. 2011b. *La Pachamama y el humano*, in ACOSTA A., MARTÍNEZ E. (eds.), *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política*, Abya-Yala, 25 ss.
- ZANETTI G. 2019. *Diritti bioculturali: percorrendo la strada che separa diverse tradizioni* [Recensione a SAJEVA G. 2018. *When Rights Embrace Responsibilities. Biocultural Rights and the Conservation of Environment*, Oxford University Press], in «Diritto & Questioni pubbliche», 1, 2019, 269 ss.

HAVE TREES GOT STANDING?

A BRIEF ACCOUNT OF LOCUS *STANDI*
DOCTRINES AND CASE LAW IN THE
ENVIRONMENTAL LITIGATION ON THE
BASIS OF THE PRINCIPLE OF
EFFECTIVENESS OF RIGHTS

SOFIA **CIUFFOLETTI**



Have Trees Got Standing?

A brief account of *locus standi* doctrines and case law in the environmental litigation on the basis of the principle of effectiveness of rights

SOFIA CIUFFOLETTI

Borsista di ricerca Università degli Studi di Firenze. Ricercatrice del Centro Interuniversitario ADIR-UNIFI.

E-mail: sofia.ciuffoletti@unifi.it

ABSTRACT

The paper presents an account of the challenges and potentialities of green litigation from the perspective of the effectiveness of rights and remedies, by focusing on the issue of *locus standi* in the legal reasoning of some relevant case law at a transnational and international level.

The analysis relies on theoretical tools such as the relationship between rights and remedies, the principle of effectiveness of protection and the question of who has the right to have rights, which translates, in legal terms, in the issue of *locus standi*.

These tools will be used to assess whether and to what extent the creative and dynamic reasoning of fully judicial bodies, such as domestic, international or supranational courts, is able to critically take into account the complexity of contemporary environmental litigation and to produce of an effective protection to the environment, particularly considering the doctrine and case law concerning the expansion of the notion of *locus standi* based on the principle of effectiveness.

KEYWORDS

Environmental law, green litigation, Wild law, Earth jurisprudence, European Court of Human Rights law, legal reasoning, doctrine of *locus standi* in international law

Have Trees Got Standing?

A brief account of *locus standi* doctrines and case law in the environmental litigation on the basis of the principle of effectiveness of rights

SOFIA CIUFFOLETTI

1. Introduction – 2. Rights and Remedies. A brief assessment from a comparative point of view – 3. Who has the right to have rights in Environmental litigation. The theme of locus standi – 4. The Indian version: the Public Interest Litigation tool as a way to widen the notion of locus standi in environmental litigation cases – 5. New fora for the Green Litigation. The case of the Indian National Green Tribunal – 6. Conclusion.

1. Introduction

Fifty years ago, Christopher D. Stone wrote a revolutionary article posing the relevant legal question: *Should Trees have standing?* (STONE 1972). The environmental (or green) litigation was at the very beginning of an intense activity which has led to the shaping of a plural and complex legislation, doctrine and case law. Stone highlighted one of the main relevant legal issue: who is the subject of the judicial protection of rights, who is the rights-holder and who is entitled to bring a case in front of a judge, articulating claims and obtaining a proceduralization of social and cultural conflicts. To put it in a nutshell, the question was how to effectively protect environmental rights in non-necessarily anthropocentric terms.

One of the pivotal points in Stone reasoning was the comparison with the evolution of children rights and the “creation” of non-human rights-holders. The whole history of rights, Stone declares, is a continuous expansion of the category of rights-holders, an evolution carried out by making “persons” of whoever (or whichever entity) was not a person in legal terms (STONE 1972, 451).

The article steered a theoretical reconsideration of the relationship between the human-made law and the rest of the (non-human) nature and to a new understanding of the connection between the human community and the Earth community in which it lives.

Finally, these same theoretical reflections led to the call for a new jurisprudence (BERRY 1999) which eventually was elaborated and defines as Earth Jurisprudence (CULLINAN 2003).

Elsewhere (CIUFFOLETTI 2019), we argued that, as denounced by the recent International Report on Environmental Law published by the United Nations Environment Programme (UNEP)¹, to due the proliferation of national and international legislation, of intergovernmental agreements, environmental laws and declaration of rights, a gap has opened up between written law and effective protection, which risks undermining the demands of what is defined as the “environmental rule of law” (UNEP 2019, 1).

The role of domestic, international and supranational courts in the elaboration of judicial answers to the environmental issues posed by the contemporary world, appears, therefore, essential to fill the gap in terms of effectiveness and implementation of rights.

¹ United Nations Environment Programme, UNEP 2019, is a report that analyses the state of the art of environmental legislation and governments’ commitments since the 1972 Stockholm Declaration to date. It is available at: https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/27279/Environmental_rule_of_law.pdf?sequence=1&isAllowed=y (last accessed on 15 November 2020).

This is all the more relevant if we interpret the law as a tool to convert private troubles into public issues (MILLS 1959). Adopting this perspective, there seems to be a strategic advantage in reflecting on rights, their effectiveness and the work of the courts. This is particularly true if we consider the dynamic *cotè* of the law, which consists of litigation and the response of the courts through interpretation and legal reasoning. In this sense, in the wide domain of the environmental litigation, we can understand the legal instrument as a means for the proceduralisation of conflicts at multiple levels (social, cultural, plural and environmental).

We will try to assess the challenges and potentialities of the green litigation from the perspective of the effectiveness of rights and remedies, by focussing on the issue of *locus standi* in the legal reasoning of some relevant case law at a transnational and international level. We will use some theoretical tools such as the relationship between rights and remedies, the principle of effectiveness of the protection and the question of who has the right to have rights (ARENDRT 1951), which translates, in legal terms, in the issue of *locus standi*. We will then briefly analyze the case of the so-called “Green Courts”, in particular using the example of the Indian National Green Tribunal (NGT) in order to test the effectiveness of this new tool within the environmental litigation.

We will argue that the creative and dynamic reasoning of fully judicial bodies, such as domestic, international or supranational courts, is able to critically take into account the complexity of contemporary environmental litigation and to aim at the production of an effective protection to the environment, particularly considering the doctrine and case law concerning the expansion of the notion of *locus standi* based on the principle of effectiveness.

2. Rights and Remedies. A brief assessment from a comparative point of view.

Traditionally, there is a structural difference in the way civil law and common law systems interpret the relationship between rights and remedies (MATTEI 1987; DAVID 1980).

In common law systems the concept of legal remedy is deeply rooted in both legal thought and legal discourse. Indeed, the classical paradigm of the English common law (SANTORO 2008) was characterized by a dynamic and functional approach, inspired by the principle of effectiveness, articulating rights as public and judicial claims. In this perspective, remedies played a much more central role than abstract rights and duties. As noted (see ADAR, SHALEV 2007 for a comparative legal perspective), this was due, in large part, to the technical procedural system known as the “writs system”, that governed the English civil procedure for about 700 years and until the nineteenth century (BAKER 2002)². Procedural features of rights can be said to be an essential tool for the protection of substantial rights, so much so that in common law a subjective right can be said to exist because there is a writ that makes it operational.

This internal and profound relationship between a right and a remedy is in direct compliance with the famous Latin maxim: “*ubi ius ibi remedium; ubi remedium ibi ius*” evoked by Blackstone’s assertion that « [i]t is a general and indisputable rule that where there is a legal right, there is also a legal remedy by suit or action at law whenever that right is invaded» (BLACKSTONE 1765, III, 23).

According to this perspective, legal remedies are means of protecting legal entitlements. A remedy is the practical and tangible aspect of the legal right, which gives it meaning and power. A legal right that is not protected and enforced by the legal system is therefore not a right at all, but only a chimera, a claim or an interest that has no legal *status*.

² The common law system relies on a system of forms of actions, still very influential in the common law practice («The forms of action we have buried, but they still rule us from their graves», MAITLAND 1909) and linked with the ability of equity to provide a legal answer to situations and positions not protected at law.

Civil law countries, on the contrary, adopt an opposite conceptualization, considering the relationship between individual rights and forms of action as a hierarchical one. Individual rights are the projection of a legislative norm, whose implementation is the logical consequence of their same creation. In this context, action constitutes nothing else but the realization in the trial of the law and it is granted whenever a right exists. It is therefore the individual right that determines the amplitude and the content of the judicial protection.

The dialectic between these two ideal types constitutes an interesting perspective if we consider the environmental litigation. In light of the multilayered notion of effectiveness, the common law perspective of remedies and forms of action could be the privileged point of view in order to understand the challenges posed by modernity and globalization to the environment. Those challenges have been managed by the judicial discourse through a dynamic reasoning and argumentative fluidity, mainly due to the need to make the mere declaration of rights effective. We can say that, like other areas of the new semantics of rights, the judicial protection of the environment was built up over time through the creative elaboration of courts.

In this sense, the imaginative forces of law (DELMAS-MARTY 2004) were able to take advantage of the substantial but above all the procedural tools available in order to find forms of protection, even in situations of legal vacuum, or rather, in situations where the formal declaration of rights was not followed by the necessary set of remedies to make that very rights effective.

One clear example of the legal necessity of discussing about the effectiveness of rights in the new environmental litigation is the recent decision of the European Court of Human Rights (hereinafter ECtHR or the European Court or simply, the Court) on the Italian case of *Ilva, Taranto*³.

With a ruling that is likely to reopen the debate that has developed in recent years on the case of *Ilva di Taranto* – and in particular on the so-called “*salva-Ilva*” (saving *Ilva*) legislation, which has allowed and still allows the continuation of production activities despite the seizures ordered by the Taranto judiciary in the context of the “*Ambiente svenduto*” (devalued environment) investigation – the Strasbourg Court unanimously found a violation of Article 8 of the European Convention of Human Rights (hereinafter, ECHR or the Convention) (right to privacy). Italy was condemned for failure to adopt appropriate measures to protect the environment from polluting emissions from the steelworks, and consequently for failing to protect the “welfare” (“*bien-être*”, § 174) of the inhabitants in the areas surrounding the plant.

What is more interesting for our analysis is that the European Court also found that there was a violation of the right to an effective remedy (Article 13 of the Convention), having found that there were no internal remedies through which the inhabitants themselves could have complained about the unfinished implementation of the environmental restoration plan and obtained measures to reclaim contaminated areas.

The Court, discussing the exhaustion of domestic remedies (Article 34 of the Convention), clearly affirms that:

«the applicants’ complaints concern the lack of measures to ensure the clean-up of the territory concerned. It also notes that the clean-up of the affected area has been an objective pursued for several

³ *Cordella and Others v. Italy*, nn. 54414/13 and 54264/15, 24.I.2019. The case concerned on-going air pollution by a steelwork, operating since 1965 in Taranto (Puglia) and owned by a former public company which was privatised in 1995. In 1990 a resolution of the Council of Ministers identified the town of Taranto and four other neighbouring municipalities as being at “high environmental risk” on account of the emissions from the steelworks. In 1998 the President of the Republic approved a decontamination plan. In 2015, as a result of its insolvency, the company was placed in compulsory administration, and the administrator was granted exemption from administrative and criminal liability in introducing the planned environmental measures. Various civil or criminal proceedings were brought in front of the domestic courts. Nonetheless, the toxic emissions persisted. The applicants were several dozen physical persons who live or lived in the more or less immediate vicinity of the steelworks. They complained about a lack of action by the State to avert the effects of the factory’s toxic emissions on their health.

years by the competent authorities, albeit without success. Having regard also to the evidence submitted by the applicants and in the absence of relevant case-law precedents, the Court considers that no criminal, civil or administrative measures could meet that objective in the present case»⁴.

It is noteworthy that the European Court denounces and censors not only the lack of legislative remedies, but the significant lack of “relevant domestic case-law precedents”.

On the contrary, a clear example of the strategic use of remedies by the domestic legal reasoning is the Indian paradigm of environmental law protection. In particular, India, as we shall see, is a relevant context for assessing the ability of the judiciary to achieve, through procedural means, the effectiveness of rights through remedies (despite formal declarations of rights “on paper”)⁵.

3. *Who has the right to have rights in Environmental litigation. The theme of locus standi*

One paradigmatic issue in examining the transnational environmental case law and litigation is the notion of *locus standi*. Or, in other terms, how environmental protection causes can be built from a non-anthropocentric perspective. In legal realistic terms, this means: who can bring legal actions in front of a judge to turn their private troubles into public matters.

As said, Stone invites us to reflect on the continuous historical expansion of the category of possessor of rights. Starting with the example of children rights, Stone affirms that:

«We have been making persons of children although they were not, in law, always so. And we have done the same, albeit imperfectly some would say, with prisoners, aliens, women (especially of the married variety), the insane, Blacks, foetuses, and Indians» (STONE 1972, 451).

The essay was written in haste to be able to influence a decision pending before the US Supreme Court, *Sierra Club v. Morton*⁶, a case concerning a group of environmentalists trying to oppose a Disney enterprise inc. real estate project in the Mineral King valley, a wilderness in Sierra Nevada, California. The appeal was rejected by the Ninth Circuit Court: the Sierra Club had no legal standing to bring the matter before the courts because it could not prove that it was an aggrieved party, *i.e.* that it had an interest... in practice, however, no one had a direct interest and no one could contest the choice of the US Forest service to authorize the Disney real estate project.

Stone proposed to grant legal standing directly on inanimate bodies through a system of guardianship, *i.e.* protection, with the appointment of a guardian for inanimate bodies. This reasoning, though not accepted by the majority of the U.S. Supreme Court, is proposed in a dissenting opinion by Justice Douglas, who affirms:

«The critical question of “standing” would be simplified and also put neatly in focus if we fashioned a federal rule that allowed environmental issues to be litigated before federal agencies or federal courts in the name of the inanimate object about to be despoiled, defaced, or invaded by roads and bulldozers, and where injury is the subject of public outrage. Contemporary public concern for protecting nature's ecological equilibrium should lead to the conferral of standing upon environmental objects to sue for their own preservation. See Stone, *Should Trees Have Standing? – Toward Legal Rights for Natural Objects*, 45 S.Cal.L.Rev. 450 (1972). This suit would therefore be more properly labeled as *Mineral King v. Morton*».

⁴ *Cordella and Others v. Italy*, cit., §123, (emphasis added).

⁵ The “Indian Paradigm” for the effectiveness of the protection of environmental rights will be analyzed, *infra*, at para. 4.

⁶ *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727 (1972). The case *Sierra Club v. Hickel*, 433 F.2d 24 (9th Cir. 1970).

The need to find a legal argument capable of strategically expanding the notion of legal standing in order to cover situations otherwise deprived of legal protection⁷ is at the core of the seminal work by Stone.

Interestingly enough, this is also one relevant issue for the European system of rights protection. Particularly, the European Court has discussed the argument of *locus standi* in a case (*Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania*)⁸, concerning Article 2 of the Convention, protecting the right to life, in a situation in which the direct victim⁹ was a deceased, mentally and physically disabled orphan, institutionalized since the birth and lacking any family or contact with the outside world. It is interesting to analyze this case since it tells us about the reasoning abilities of the courts, in this case of an international-regional court, to discuss the very right access to justice in terms of effectiveness of the protection in cases in which the “victim” has no voice.

As a matter of facts, according to Article 34 of the Convention, every natural person as well as every non-governmental organization (NGO) or group of individuals can apply to the European Court. Article 34 of the ECHR provides that the Court «may receive application from person, nongovernmental organization or group of individuals claiming to be victim of a violation by one of the High Contracting Parties». NGOs may, therefore, institute cases before the Court as victims themselves or as direct representative of victims, thus excluding the same possibility of *actio popularis*¹⁰.

In the *Câmpeanu* case, the Court granted standing to an NGO to act as a representative of a highly vulnerable person, with no next-of-kin, Mr Câmpeanu, a young Roma man with severe mental disabilities, infected with HIV, who spent his entire life in the care of the State authorities and who died in hospital at the age of 18, as a result of neglect. He had no relatives, legal guardians or representatives, was abandoned at birth and lived in various public orphanages, centres for disabled children and medical facilities, where he did not receive proper health and educational treatment.

Undoubtedly this case falls into the category of what Dworkin calls “hard cases”, since it does not fit into any of the categories covered by the Court’s case-law and thus raises an interesting question about the functioning of the Convention related to the standing of an NGO which can’t be assumed as the direct, indirect or potential victim.

The issue at stake here is the principle that the Convention must be interpreted as guaranteeing rights which are practical and effective as opposed to theoretical and illusory¹¹ and the necessity of ensuring that the conditions of admissibility governing access to the Court are interpreted in a consistent manner. The Court considered that Mr Câmpeanu was in facts the direct victim, within the meaning of Article 34 and that the NGO (*Centre for Legal Resources*) could not be considered as an indirect victim within the meaning of its case-law since the NGO had not demonstrated a sufficiently “close link” with the direct victim, nor had it argued that it has a “personal interest” in pursuing the complaints before the Court, considering the definition of these concepts in the Court’s case-law.

Finally, the Court decided for the admissibility of the NGO’s application as a representative of the deceased, lodged with the Court after his death without any power of attorney, since:

⁷ It must be noted that along with the dynamic nature of the case law on testing and expanding the notion of *locus standi* in international law, an interesting field of study in order to assess the role of NGOs in decoding and protecting public interests are the so-called compliance mechanisms established by various Environmental treaties. For an account, see FITZMAURICE, REDGWELL 2000.

⁸ *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania*, [GC], no. 47848/08, 14 July 2014.

⁹ On the multiple notion of victims, as well as for the inadmissibility of *actio popularis* in the Strasbourg system of rights protection according to the caselaw of the Court, see COUNCIL OF EUROPE 2020 and HARRIS et al. 2018.

¹⁰ See references in the above footnote.

¹¹ See *Artico v. Italy*, no. 6694/7413 May 1980, § 33, Series A no. 37 and the authorities cited therein.

«To find otherwise would amount to preventing such serious allegations of a violation of the Convention from being examined at an international level, with the risk that the respondent State might escape accountability under the Convention as a result of its own failure to appoint a legal representative to act on his behalf as it was required to do under national law (see paragraphs 59 and 60 above; see also, *mutatis mutandis*, P., C. and S. v. the United Kingdom, cited above, and *The Argeş College of Legal Advisers v. Romania*, no. 2162/05, § 26, 8 March 2011). Allowing the respondent State to escape accountability in this manner would not be consistent with the general spirit of the Convention, nor with the High Contracting Parties' obligation under Article 34 of the Convention not to hinder in any way the effective exercise of the right to bring an application before the Court».

As a matter of fact, the Court is ready to soften the rigidity of Article 34 rule concerning the *locus standi* in view of the «exceptional circumstances of this case and bearing in mind the serious nature of the allegations» (*Centre for Legal Resources*, § 112), which translated into a possible rule of reasoning in cases of highly vulnerable persons and for cases concerning violations of the most important fundamental rights, such as Article 2 and 3 of the Convention.

It appears clearly how the Court tried to affirm the exceptionality of this situation in order to reduce and limit the possible development of this case as a precedent in its case law. This same point is highly criticized, in his dissenting opinion, by Judge Pinto de Albuquerque:

«My point of discontent lies in the fact that the majority chose to approach the legal issue at stake in a casuistic and restricted manner, ignoring the need for a firm statement on a matter of principle, namely the requisites for representation in international human rights law. The judgment was simply downgraded to an act of indulgence on the part of the Court, which was willing to close its eyes to the rigidity of the requirements of the concept of legal representation under the European Convention on Human Rights (“the Convention”) and the Rules of Court in “the exceptional circumstances of this case” (see paragraphs 112 and 160 of the judgment), and to admit the CLR as a “de facto representative of Mr Câmpeanu” (see paragraph 114 of the judgment). To use the words of Judge Bonello, this is yet another example of the “patchwork case-law” to which the Court sometimes resorts when faced with issues of principle».

The dissenting opinion, on the contrary, proposes a principled reasoning, affirming that:

«When confronted with a situation where the domestic authorities ignored the fate of the alleged victim of human rights violations, and he or she was unable to reach the Court by his or her own means or those of a relative, legal guardian or representative, the Court has to interpret the conditions of admissibility of applications in the broadest possible way in order to ensure that the victim's right of access to the European human rights protection system is effective. Only such an interpretation of Article 34 of the Convention accommodates the intrinsically different factual situation of extremely vulnerable persons who are or have been victims of human rights violations and are deprived of legal representation».

Yet, it can be discussed that the potentiality of this case lies in the possibility to set a precedent for cases characterized by high vulnerability and by the lack of an effective protection. Even this “strictly opportunistic and utilitarian case-sifting methodology”¹² can be used in analogous cases, discussing the inability to have a voice and to be heard. This case is also the first example

¹² Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania, cited, P. Pinto de Albuquerque, Dissenting Opinion.

of a sort of loosening of the rigidity of the rule of legal standing in front of the Court in light of the principle of effective protection, first of all the right to access to justice.

From a comparative perspective, another system of international regional protection of rights, the Inter-American system stemming from the American Convention on Human Rights¹³ (composed by the Inter-American Commission and the Inter-American Court) has traditionally opened up to NGOs and *actio popularis* in broad terms¹⁴. Unfortunately, individuals still do not have direct access to the Inter-American Court, but must first submit a petition to the Commission which can, following its Rules of Procedure, refer the case to the Court. The Commission's gatekeeping function weakens the effective protection of rights but it must be noted that the wide access of NGOs to the Commission has been able to perform an active role in the dynamic evolution of the Inter-American Court of Human Rights (CIUFFOLETTI 2019).

Similarly, the African Commission on Human and Peoples' Rights¹⁵, established by the African Charter on Human and Peoples' Rights¹⁶, has, over its 30 years of activity, given broad interpretation to the question of standing by adopting the *actio popularis* doctrine. Nevertheless, it must be reminded that the African Commission is a quasi-judicial body and not an international court.

As of today, the European Court seems to represent the most effective international regional system of rights protection in terms of *jus standi*¹⁷ and the effective implementation of the rights to individual applications in front of the Court (as per Article 34 of the Convention).

Significantly, the European Court has discussed the legal standing of animals in a very interesting decision. The case concerned the obligation of a landowner opposed to hunting on ethical grounds, to tolerate hunting on his land and to join a hunting association¹⁸. In a passage of his partly concurring partly dissenting opinion, judge Paulo Pinto de Albuquerque, discussed the idea of expanding *locus standi* to animals within the contest of the ECtHR's jurisdiction and affirms that under the Convention, no legal standing for non-humans are admitted since, «“animal rights” are not legal claims attributed to animals and exercisable through a representative»¹⁹. The opinion makes direct reference to two cases²⁰ in which an animal protection activist brought a case to the

¹³ American Convention on Human Rights. Adopted at the Inter-American Specialized Conference on Human Rights, San José, Costa Rica, 22 November 1969.

¹⁴ Article 44 of the ACHR: Any person or group of persons, or any nongovernmental entity legally recognized in one or more member states of the Organization, may lodge petitions with the Commission containing denunciations or complaints of violation of this Convention by a State Party.

¹⁵ In June 1998, the OAU adopted the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court of Human and Peoples' Rights, which came into force 25 January 2004. Very recently, the full judicial body of this international regional system, the African Court of Human and Peoples Rights, has issued new rules opening up to individual petitions. The newly established African Court of Justice and Human Rights is meant to replace the African Court of Human and Peoples' Rights and would therefore constitute a unique international judicial body combining the jurisdiction of the judicial organ of an intergovernmental organization with the jurisdiction of a regional human rights court. We shall see how this Court will interpret legal standing of individual and NGOs.

¹⁶ African (Banjul) Charter on Human and Peoples' Rights. Adopted 27 June 1981, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), entered into force 21 October 1986.

¹⁷ *Jus standi* being the right of direct access to Court of individuals, recognizing their international legal personality while *locus standi* grants full participation (of whichever form) to individuals in the Court's proceedings. *Jus standi* places the individual in a hierarchy above the State-centric conception of international law.

¹⁸ *Herrmann v. Germany* [GC], no. 9300/07, 26.6.2012. The majority of the Court decided for a violation of Article 1 of Protocol No. 1 since the obligation for the applicant to tolerate hunting on his land interfered with the exercise of his right to the peaceful enjoyment of his property. The German hunting legislation could be said to constitute a means of controlling the use of property in accordance with the general interest within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1. The case followed the precedent in *Chassagnou and Others v. France* [GC], 25088/94, 28331/95 and 28443/95, 29 April 1999.

¹⁹ *Herrmann v. Germany*, cit., *Partly dissenting, partly concurring opinion of judge Paulo Pinto de Albuquerque*.

²⁰ *Balluch v. Austria*, no. 26180/08, application lodged on 4 May 2008 and *Stibbe v. Austria*, no. 26188/08, application lodged on 6 May 2008.

ECtHR on behalf of a chimpanzee. Both cases were rejected by a committee of the First Chamber for incompatibility *ratione materiae*. Clearly the case law of the Court is willing to expand the boundaries of *locus standi*, but not as far as to include non-humans or even accept representative of animals, along with the idea of guardianship proposed by Stone.

The opinion also discusses the “the fundamental incommensurability” of the positions of humans and animals or non-humans as enshrined «in the essentially different status (*Wesensverschiedenheit*) of humans who cannot be held responsible for their actions and animals. Children, the mentally ill and persons in a coma or a vegetative state are not in essence the same as animals»²¹.

Animal rights, as well as environmental rights needs then to be interpreted, within the European Convention system, in the light of the obligations of Contracting Parties to commit to the full, effective and practical enjoyment of human rights and specifically of the right to a healthy and sustainable environment (CIUFFOLETTI 2019). The focus of the environmental protection at the international regional level of the Council of Europe is therefore to be put on the humans’ full responsibility for the welfare of the environment and the destiny of other species:

«This responsibility can be formulated legally in positive as well as negative terms. In negative terms, the safeguarding of the environment and animal life constitutes an implicit restriction on the exercise of human rights. In positive terms, it constitutes an inherent obligation on the Contracting Parties bound by the Convention. From this perspective, environmental rights and “animal rights” do not fit neatly into any single category or generation of human rights, but straddle all three classical categories, showing that international human rights law has considerable potential for environmental and animal protection»²².

This example shows that in the domain of the legal reasoning of one of the most rights-effectiveness-driven and dynamic international Court, judicial imagination and legal effort formulated and encoded in the strict legal language are the best option we have in order to strive for environmental protection and litigation and hopefully challenge the rigidity of *locus standi* tradition by stressing the relevance of the *effet utile* of the European Convention.

4. *The Indian version: the Public Interest Litigation tool as a way to widen the notion of locus standi in environmental litigation cases.*

The Indian constitutional system embraces the concept of environment following the process initiated by the Stockholm Conference on the Human Environment in 1972. With the 42nd Amendment, the Indian Government introduced in the constitutional text Article 48A *Protection and improvement of environment and safeguarding of forests and wild life of the country* which reads «The State shall endeavour to protect and improve the environment and to safeguard the forests and wild life of the country».

The “green” revolution promoted by Indira Gandhi²³ and incorporated in the 42nd Amendment, showed a clear programmatic nature, without committing the Government to public spending. The constitutionalization of the environmental protection in India appeared a mere declaration of intents, built in such a way as to entail the highest political and public impact with the least public engagement and the annulment of any potential jurisdictionalisation of the matter. However, even

²¹ *Herrmann v. Germany*, cit., *Partly dissenting, partly concurring opinion of judge Paulo Pinto de Albuquerque*.

²² *Herrmann v. Germany*, cit., *Partly dissenting, partly concurring opinion of judge Paulo Pinto de Albuquerque*, emphasis added.

²³ Recently analyzed in RAMESH 2017.

the slightest manoeuvre in the constitutional text is able to cause unforeseeable consequences and the constitutionalization of the environmental protection has stimulated a vigorous environmental litigation in India which has forced the textual construction of Article 48, causing the full jurisdictionalisation of the matter through a dynamic and active case law (CIUFFOLETTI 2019).

The question was first raised in India in procedural terms, related to the possibility of using the instrument of Article 32 of the Constitution (which introduces the remedy against the violation of fundamental rights) to implement rights related to the environmental protection.

As a matter of fact, one of the most significant data in the analysis of the evolutionary trend of the Indian case law on rights related to environmental protection is the loosening of the classic principles of the *locus standi* before the Court through the instrument of the Public Interest Litigation (PIL). Baxi defines this strategic tool as a Social Action Litigation based on which the Indian Supreme Court opened up to become an easily accessible forum for the most marginalized social strata of Indian society (BAXI 1985).

Since the first “green” cases, from the *Dehradun* case²⁴ to the “Mehta cases”²⁵, the Supreme Court has recognized legal standing to act for the protection of rights related to the environment to collective subjects such as NGOs’, associations for the protection of the environment or the rights of traditional populations.

As observed (SAHU 2008), this inclination to widen the mesh of legal standing, particularly in cases of environmental protection, has allowed the Indian green litigation and the case law of the courts to emancipate environmental rights from an anthropocentric perspective, allowing the protection of inanimate objects, specifically through the condemnation to repair environmental damage and to the *restitutio* of the natural environment in its previous condition.

In particular, in one of the first cases in which the Indian Supreme Court shows the need to break away from the formalistic approach to the *locus standi* doctrine²⁶, ratifying the P.I.L. strategy, *A.B.S.K. Songh (Railway) v. Union of India*²⁷, the Court explicitly rejects the Anglo-Hindu individualistic formant on procedural law and recalls the people-oriented profile of participatory justice, necessary to overcome the great social disparity of the Indian context and allow even the most marginalized and poor groups to bring cases relating to the violation of human rights before the Supreme Court of India²⁸.

In the judgment that has institutionalized the *locus standi* rule through PIL., *S.P. Gupta v. Union of India*²⁹, the Court analyzes the tendency of British and US courts to rigidly interpret the classic common law rules of the *locus standi*³⁰, with some significant exceptions (notably from a case of

²⁴ *Rural Litigation and Entitlement, Dehradun v. State of Uttar Pradesh*, AIR 1985 SC 652. The case concerned the effects of illegal limestone excavations on the Dehradun Valley ecosystem. The Court ordered the immediate interruption of the excavations and mines of limestone, treating the applicants’ letter as a writ petition on the basis of Article 32 of the Indian Constitution. The procedural record clearly indicates that the Court regards the matter as a violation of a fundamental right. The question relates to the possibility of using the instrument of Article 32 of the Constitution, which introduces the remedy against the violation of fundamental rights, to implement rights related to the protection of the environment.

²⁵ The green litigation in India owes a great deal to Mahesh Chander Mehta, a lawyer at the Indian Supreme Court, who specialised in judicial protection of the environment and related rights since his youth. A search on the Indian Kanoon (the Indian Supreme Court judgement database) shows dozens of *M.C. Mehta v. Union of India* cases.

²⁶ As noted by DIVAN, ROSENCRANZ 2001, 120.

²⁷ *A. B. S. K. Songh (Railway) v. Union of India*, A.I.R. SC. 298, 317 (1981).

²⁸ *A. B. S. K. Songh (Railway) v. Union of India*, *cit.*: «Our current processual jurisprudence is not of individualistic Anglo-Indian mould. It is broad-based and people-oriented, and envisions access to justice through “class actions”, “public interest litigation”, and “representative proceedings”. Indeed, little Indians in large numbers seeking remedies in courts through collective proceedings, instead of being driven to an expensive plurality of litigations, is an affirmation of participative justice in our democracy. We have no hesitation in holding that the narrow concept of “cause of action” and “person aggrieved” and individual litigation is becoming obsolescent in some jurisdictions».

²⁹ *S.P. Gupta v. Union of India*, AIR S.C. 149 (1982).

³⁰ Starting from the case *Ex Parte Sidebotham*, (1880) 14 Ch D 458, [1874-80] All ER 588 which defines the notion of

the Judicial Committee of the Privy Council³¹ and a decision of the US Supreme Court on anti-discrimination³²). The Court then reviews its own case law on legal standing and recalls how, even before the introduction of the PIL instrument, it had admitted *habeas corpus* petitions for the protection of the human rights of prisoners in cases of mistreatment or detention conditions in violation of human dignity, filed by other fellow inmates or university professors. This example shows the endogenous tendency to relax the rigidity of the *locus standi* according to two specific criteria. First, there must be a violation (actual or potential) of the constitutionally protected rights. Secondly, the direct victim must be in a condition of impossibility, due to poverty, marginality, disability, social or economic disadvantage, to refer the matter to the Court.

The Court's reflection starts from the variable, fluid and constantly changing social context to which a vital and evolving case law has the duty to respond. The Court does not hesitate to define its interpretative strategy as a judicial "revolution"³³, necessary for the definition of the boundaries of human rights and their effective protection.

5. *New fora for the Green Litigation. The case of the Indian National Green Tribunal*

The effectiveness and success of the Public Interest Environmental Litigation have exponentially increased the workload of the judges, especially those located at the top of the judicial system (this means, in India, State High Courts and Supreme Court). As a consequence, the Indian judicial system has been repeatedly criticized for the massive number of pending cases and, consequently, for its slowness (AMIRANTE 2012). In response to these criticisms, and under pressure from the Supreme Court itself, the Indian Parliament established in 2010 a special jurisdiction for the environment, the National Green Tribunal of India (NGT), whose specific mission, as can be seen from the explanatory memorandum to the founding law, is to ensure «the rapid and effective resolution of legal disputes relating to the protection of the environment and the conservation of forests and other natural resources»³⁴.

What is particularly interesting is that the creation of such a body, in India, had been highly supported and straightforwardly proposed by the same Indian Supreme Court, following various statements and *obiter dicta* of the same Court on the uncertainty and unpreparedness of the judiciary to ascertain issues of technical or scientific complexity in the field of environmental law. As affirmed by AMIRANTE (2012; 2019), the institution of a Green Tribunal is a clear judge-driven reform:

aggrieved party: «A "person aggrieved" must be a person who has suffered a legal grievance, a man against whom a decision has been pronounced which has wrongfully deprived him of something, or wrongfully refused him something, or wrongfully affected his title to something».

³¹ *Durayappah v. Fernando* (1967) 2 AC 337.

³² *Barrows v. Jackson* (1952) 346 US 249 3 97 Law Ed 1586. This is a very relevant case of institutional discrimination concerning the prohibition of the sale of real estate to non-Caucasians. The defendant in this case is entitled to apply for the protection of the equal protection clause for a group, the non-Caucasians, to which he does not belong: «We are faced with a unique situation in which it is an action of the State Court which might result in a denial of constitutional rights and in which it would be difficult if not impossible for the persons whose rights are asserted to present their grievance before any Court».

³³ *S.P. Gupta v. Union of India*, cit.: «The Court has to innovate new methods and devise new strategies for the purpose of providing access to justice to large masses of people who are denied their basic human rights and to whom freedom and liberty have no meaning. The only way in which this can be done is by entertaining writ petitions and even letters from public spirited individuals seeking judicial redress for the benefit of persons who have suffered a legal wrong or a legal injury or whose constitutional or legal right has been violated but who by reason of their poverty or socially or economically disadvantaged position are unable to approach the Court for relief».

³⁴ The National Green Tribunal Act, No. 19 of 2010, INDIA CODE (2010), vol. 19 (2010).

«it must be noted that the main factor of the entire process for the establishment of the National Green Tribunal of India should be indicated in the judiciary itself, affirming – notably by several interventions of the Supreme Court of India – the relevance and necessity of a system of specialized environmental courts»³⁵.

This is true, and the Supreme Court started very early demanding a political action and legislative reforms for the creation of a mixed “green” jurisdiction (judicial and technical). In the very famous case *A.P. Pollution Control Board v. Nayudu*³⁶, the Supreme Court affirmed that such an environmental Court had been already requested in a previous case, *M.C. Mehta vs. Union of India and Shriram Foods & Fertilizers Case*³⁷, where the Court observed:

«We would also suggest to the Government of India that since cases involving issues of environmental pollution, ecological destructions and conflicts over national resources are increasingly coming up for adjudication and these cases involve assessment and evolution of scientific and technical data, it might be desirable to set up Environmental Courts on the regional basis with one professional Judge and two experts drawn from the Ecological Sciences Research Group keeping in view the nature of the case and the expertise required for its adjudication. There would of course be a right of appeal to this Court from the decision of the Environment Court».

While *locus standi* within the NGT is very similar compared to that of the PIL in front of the Supreme Court and therefore offer a wide accessibility to this forum of justice, the issue remains open as to the analysis of the persuasive authority³⁸ of this body (YOUNG 2005; HART 1982).

If the mixed composition of this Tribunal³⁹ is an interesting and relevant feature in order to assess and achieve a new understanding in the relationship between science and law, nonetheless it forces us to discuss the issue of the effectiveness of the protection.

We can argue that the complexity of environmental conflicts in today’s globalized world, in contemporary societies, in local communities is not only derived from the interconnection with scientific knowledge or uncertainty (which is part of the knowledge, as POPPER 1963 taught us), but mainly from still unsolved and relevant legal issues, such as the one proposed by Stone and by conflicting interests or human rights, such as religious, cultural, community or tribal rights (CIUFFOLETTI 2019).

As a matter of fact, some of the main cases faced by the NGT⁴⁰ have to deal with conflicting and competing rights. In these cases the language of rights, the language of the law (SANTORO 2008), seems to be the most appropriate way to deal effectively with these problematic issues. The judicial response, as a single case response, seems to have a persuasiveness able to govern the complexity of contemporary social, moral, cultural and religious conflicts (SANTORO 2008).

³⁵ AMIRANTE 2012, 455.

³⁶ *A.P. Pollution Control Board v. Nayudu*, (1999) 1 S.C.C. 140, 156.

³⁷ *M.C. Mehta vs. Union of India and Shriram Foods & Fertilizers Case*, 1986 (2) SCC 176 (at page 202).

³⁸ The main characteristic of the persuasive authority is defined in opposition with respect to the notion of binding authority. The persuasive authority, in fact, has no binding force in itself. Borrowing Young’s analysis (in turn borrowed from Raz) on the concept of authority, we can say that cases with binding authority are authoritative purely by virtue of “what they are”, rather than by virtue of “what they say” (YOUNG 2005). As far as persuasive authority is concerned, the opposite seems to be true: if the judge recognizes, in a non-binding source, a convincing, persuasive argument, then the above source acquires authority over that judge (see also HART 1982).

³⁹ The minimum composition of the Tribunal, as per section 4 of the National Green Tribunal Act, should vary from 21 to 41 members: a chairperson (judicial), 10 to 20 full-time judicial members, 10 to 20 expert members, all chosen by the Central Government.

⁴⁰ See AMIRANTE 2019 for a very accurate review of some relevant cases, such as the immersion of idols and the rat-hole mining cases.

The hybrid nature of this tribunals seems to be more exposed to the critics of “judicial overreach” as it disturbs the balance of power between the judiciary and the executive as envisaged in the Indian constitutional structure. As explained by GITANGJALI (2020), this poses serious risk in the operational capacity of the NGT:

«Speaking truth to power can be perilous, as the NGT judges, chairman, lawyers, and litigants have discovered. The creation of a tribunal that seeks to change the face of environmental jurisprudence by providing access to justice for all has created a powerful group of “restraining forces”».

The problem is exactly this: legal language is not built on truth (ROSS 1959; SANTORO 2008) and as of today, the NGT, which needs a full house of twenty members to properly function, has been running on just six, since the Government is not filling the vacancies in the composition of the Tribunal. «Without the replacement of qualified bench members and the formal renewal of support from key actors who constitute the “restraining forces,” the tribunal may fall into the Thucydides trap: a victim of its own success»⁴¹.

6. Conclusion

The issue of *locus standi* in the environmental litigation seems to be an open legal perspective in order for the judicial discourse to operate strategically and include, through a creative interpretation and a dynamic case law, new forms of action and new remedies to comply with the principle of the effectiveness of rights protection.

The fascination of building a perspective of full ownership of human rights for non-human entities clashes with the pragmatic need of the Courts to identify the issue of legal standing and frame it in practical terms, using a pure legal language. At the same time, the proliferation of so-called green courts or tribunals as separated or semi-judicial body seems to be unable to manage the challenge of legal complexity and to tackle the real issue: the effective protection of rights.

We should rely on the imaginative forces of the law and on the imagination of the judicial discourse (COSTA 1995) in order to deal with the future challenges of the environmental litigation.

⁴¹ GITANJALI 2020.

References

- ADAR Y., SHALEV G. 2007. *The Law of Remedies in a Mixed Jurisdiction: The Israeli Experience*, in «Tulane European and Civil Law Forum», 23, 2007.
- AMIRANTE D. 2012. *Environmental Courts in Comparative Perspective: Preliminary Reflections on the National Green Tribunal of India*, in «Pace Environmental Law Review», 29, 2012, 441. Available at: <https://digitalcommons.pace.edu/pelr/vol29/iss2/3> (last accessed on 17 November 2020).
- AMIRANTE D. 2019. *Giustizia ambientale e green judges nel diritto comparato: il caso del National Green Tribunal of India*, in «DPCE Online», 37(4), 2019, 955 ff.
- ARENDT H. 1951. *The Origins of Totalitarianism*, Schocken.
- BAKER J.H. 2002. *An Introduction to English Legal History*, Oxford University Press, (4th ed.).
- BAXI U. 1985. *Taking Suffering Seriously: Social Action Litigation in the Supreme Court of India*, in «Third World Legal Studies», 4, 6. Available at: <https://scholar.valpo.edu/twls/vol4/iss1/6> (last accessed on 20 November 2020).
- BERRY T. 1999. *The Great Work: Our Way into the Future*, Bell Tower.
- BLACKSTONE W. 1765-1769. *Commentaries on the Laws of England*, Clarendon Press.
- CIUFFOLETTI S. 2019. *Verso una giurisprudenza ecologica. Il discorso giurisprudenziale sui diritti dell'ambiente*, in «Jura Gentium: La crisi dei paradigmi e il cambiamento climatico», 1, 2019, 183 ff.
- COUNCIL OF EUROPE 2020. *Practical Guide on Admissibility Criteria*. 2020. Available at: https://www.echr.coe.int/documents/admissibility_guide_eng.pdf (last accessed on 21 November 2020).
- COSTA P. 1995. *Discorso giuridico e immaginazione. Ipotesi per una antropologia del giurista*, in «Diritto pubblico», 1, 1995.
- CULLINAN C. 2003. *Wild Law: A Manifesto for Earth Justice*, Green Books.
- DAVID R. 1980. *A Law of Remedies and a Law of Rights in English Law and French Law*, Stevens & Sons.
- DELMAS-MARTY M. 2004. *Le Relatif et l'Universel. Les Forces imaginantes du droit*, 1, Seuil.
- DIVAN S., ROSENCRANZ A. 2001. *Environmental Law and Policy in India, Cases, Materials and Statutes*, Oxford University Press.
- FITZMAURICE M.A., REDGWELL C. 2000. *Environmental non-compliance procedures and international law*, in «Netherlands Yearbook of International Law», 31, 2000, 35 ff.
- GITANJALI N.G. 2020. *Mapping the Power Struggles of the National Green Tribunal of India: The Rise and Fall?*, in «Asian Journal of Law and Society», 7(1), 2020, 85 ff.
- HARRIS D., O'BOYLE M., WARBRICK C. 2018. *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press.
- HART H.L.A. 1982. *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, Oxford University Press.
- MAITLAND F.W. 1909. *The Forms of Action at Common Law: A Course of Lectures*, Cambridge University Press.
- MATTEI U. 1987. *Diritto e rimedio nell'esperienza italiana ed in quella statunitense. Un primo approccio*, in «Quadrimestre», 341, 1987, 341 ff.

- MILLS C.W. 1959. *The Sociological Imagination*, Oxford University Press.
- POPPER K.R. 1963. *Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge*. Routledge.
- RAMESH J. 2017. *Indira Gandhi. A life in Nature*, Simon & Schuster.
- ROSS A. 1959. *On Law and Justice*, University of California Press.
- SAHU G. 2008. *Public Interest Environmental Litigation in India: Contributions and Complications*, in «The Indian Journal of Political Science», 69(4), 2008, 745 ff.
- SANTORO E. 2008. *Diritto e diritti: lo Stato di diritto nell'era della globalizzazione. Studi genealogici: Albert Venn Dicey e il Rule of law*, Giappichelli.
- STONE C.D. 1972. *Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects*, in «Southern California Law Review», 45, 1972, 450 ff.
- UNEP 2019. *Environmental Rule of Law: First Global Report, 2019*, available at: https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/27279/Environmental_rule_of_law.pdf?sequence=1&isAllowed=y (last accessed on 15 November 2020).
- YOUNG E.A. 2005. *Foreign Law and the Denominator Problem*, in «Harvard Law Review», 119, 2005, 148 ff.

ALL THE EARTH'S
LEGAL CHILDREN
SOME SCEPTICAL COMMENTS
ABOUT NATURE'S LEGAL
PERSONHOOD

MATIJA **ŽGUR**



All the Earth's legal children
Some sceptical comments about Nature's legal personhood

MATIJA ŽGUR

Research Fellow (*assegnista di ricerca*), Università degli studi Roma Tre.
E-mail: matija.zgur@uniroma3.it

ABSTRACT

This essay aims to provide an introductory account of Earth Jurisprudence as a legal theory and to examine its claims regarding rights of nature. First, two versions of Earth Jurisprudence *qua* legal theory are identified: a stronger and a moderate version, respectively. Then, the theory's claims regarding the rights of nature are examined from the perspective of the general theory of rights. The idea of ascribing legal rights to Nature *tout court* is rejected, while it is acknowledged that sentient animals could be considered persons in law. Finally, the author suggests that instead of rejecting anthropocentrism, as Earth Jurisprudence proposes, the preservation of nature requires that more emphasis is put on human obligations in this respect.

KEYWORDS

Earth jurisprudence, legal personhood, rights theory, rights of nature

All the Earth's legal children

Some sceptical comments about Nature's legal personhood

MATIJA ŽGUR

1. Introduction – 2. Earth Jurisprudence: “a single integral community” – 2.1. Great Jurisprudence: a strong claim for Nature's subjectivity – 2.2. A moderate proposal for Nature's subjectivity – 3. Earth Jurisprudence meets rights theory – 4. Conclusion. “It's all about us, silly”.

*Natura habet sua iura.
Hominum causa omne ius constitutum sit.*

1. Introduction

Earth Jurisprudence (herein: EJ) is one of the new kids on the block as far as rights theories are concerned. With animal rights projects already well-established¹ – albeit thus far scarcely effective in legal practice – it now seems that the time is ripe for the mainstream appearance of theoretical enterprises advocating for the legal recognition of rights to nature as such or to its smaller parts (herein: Nature)². It should be pointed out, however, that EJ is much more than just a rights-for-nature jurisprudential project. Indeed, it is a holistic philosophical undertaking that argues for a radically new ethics and a transformation of our political institutions, public policies, legal regulation, as well as collective and individual practices. Nevertheless, while EJ refers to a complex set of multidisciplinary arguments, in this essay I focus exclusively on its legal dimension.

My aim in this essay is two-fold: first, to provide a brief – and at best sketchy – introduction to EJ as a legal theory; second, to examine the legal philosophy of EJ from the perspective of legal rights theory and provide a few critical comments with regard. In particular, I will focus on some of the conceptual issues that EJ must confront on its quest for legal recognition of rights to Nature³. The essay proceeds as follows. After this Introduction, I present EJ as a legal theory (2.). Of the two presented articulations of EJ as a legal theory, I reject the stronger version as incompatible with our contemporary understanding of the law. I therefore focus on the second, more moderate articulation, and show what are some of the relevant arguments it ought to engage with should it wish to successfully argue for Nature's legal personhood (3.). I demonstrate that EJ is ultimately unable to satisfy the argumentative burden imposed on it. I conclude (4.) by discussing the relation between rights policy and societal openness for the extension of legal recognition to new entities. I also argue that future work in environmental protection through law should not reject anthropocentrism, but rather strengthen its focus on it, thus acknowledging that both the problem as well as the solution ultimately lay with mankind.

¹ Cfr. STUCKI 2020 as just the latest example of such proposals.

² In this essay, I do not strictly distinguish between “a person in law” (a legal person) and “a subject of law” (a legal subject), except if explicitly stated. These two categories, however, are not necessarily conceptually synonymous: see PIETRZYKOWSKI 2017.

³ I presuppose that these questions have to be addressed within the institutional context of the contemporary Constitutional State. For an introduction into its relevant structural characteristics, see, for example, CELANO 2018 (part IV), FERRAJOLI 2017, Vol. I (Part III).

2. Earth Jurisprudence: “a single integral community”

The significance of man’s impact on Nature in the last few centuries is a well-established fact. Whether or not this impact amounts to a new geological era (the so-called Anthropocene) is a more contested issue⁴. Regardless, there is almost unanimous agreement that profound changes must be made to our economic, political and legal systems if we are to evade a “no return” scenario. EJ is a relatively recent philosophical project that addresses the contemporary environmental crisis and proposes a radical restructuring of man’s relationship with the broader Earth community in ethical, economic, political, and legal terms. Thomas Berry, the author of *The Great Work* – EJ’s founding document of sorts and the source of inspiration for its future elaborations – identifies the root cause of today’s environmental crisis in *anthropocentrism* – «a mode of consciousness that has established a radical discontinuity between the human and other modes of being»⁵.

Contemporary law, as a fundamental mechanism for regulating social relations, is as well deeply permeated with the anthropocentric worldview. Pietrzykowski presents this outlook in the following terms:

«Contemporary Western legal systems are based on a set of philosophical assumptions that include the anthropocentric image of the world in which human beings occupy an exceptional position. Our species is distinguished from nature by a sharp metaphysical divide. Namely, we are endowed with reason and dignity that elevate us above all other creatures. Legal systems are exclusively human creations and should solely serve the human good. This results not only from the brute fact that legal rules are laid down by human beings, but also, or even more so, from the inherent moral value of a human creature as an end in itself»⁶.

A law that so sharply distinguishes between humans and the rest of nature, and bestows legal recognition exclusively to the former while reducing “other-than-human” life to instrumental status, is – from the perspective of EJ – one of the major causes of the current environmental situation. As Berry argues: «[o]ur present legal system throughout the world is supporting the devastation of the nature rather than protecting it». It follows that «[s]ince the continuation of our present industrial processes depends directly on the legal system, we must reconsider our present legal system in its deepest foundations»⁷.

The rejection of anthropocentrism and adoption of an “Earth-centred” worldview, should therefore be at the basis of radically different legal systems. This view requires the understanding that

«[i]n reality there is a single integral community of the Earth that includes all its component members whether human or other than human. In this community every being has its own role to fulfil, its own dignity, its inner spontaneity. Every being has its own voice. Every being declares itself to the entire universe. Every being enters into communion with other beings. This capacity for relatedness, for presence to other beings, for spontaneity in action, is a capacity possessed by every mode of being throughout the entire universe»⁸.

⁴ Without entering into this debate, for the purposes of this essay, I accept that the idea of Anthropocene is a well-established concept at the center of a growing scientific, philosophical as well as legal debate.

⁵ BERRY 1999, 4. Berry traces the origins of the anthropocentric view of the world «in the Greek cultural tradition, the biblical-Christian religious tradition, the English political-legal tradition, and the economic tradition associated with the new vigor of the merchant class».

⁶ PIETRZYKOWSKI 2017, 49.

⁷ BERRY 2011, 227.

⁸ BERRY 1999, 4.

This declaration reveals a few of EJ's key philosophical principles: first, *the principle of wholeness*, i.e. the idea that all forms of life on Earth (and beyond) are fundamentally interdependent⁹. This interdependence of all things is the result of an "intimate connection" between the natural laws governing all creatures. These physical laws (i.e. laws of physics) are static and discoverable by humans. From the already givenness of these natural laws follows the requirement that human beings discover them and live by them¹⁰. This *principle of lawfulness* is the second overarching principle of EJ. Lastly, *the principle of care* refers specifically to human beings. Given man's unique ability among Earth's creatures to modify his surroundings, «[t]he principle of care directs human action to benefit the wider Earth community in the interests of the whole»¹¹. This means that men, in all of their activities, ought to work towards preserving or improving the environment in which they function.

EJ argues that one fundamental way of doing this is through the recognition of rights to Nature. Berry argues that the interdependence between all elements of the Earth community, «requires humans to recognise that every living being has rights that are derived from existence itself»¹². On this basis, he formulates a declaration of the basic principles regarding the rights of Nature¹³:

- (1) The natural world on the planet Earth has rights, which come with existence. These rights come from the same source from which humans receive their rights, from the universe that brought them into being.
- (2) Every component of the Earth community has three rights: the right to be, the right to habitat, and the right to fulfil its role in the ever-renewing processes of the Earth community.
- (3) All rights are specific and limited. Rivers have river rights. Birds have bird rights. Insects have insect rights. Humans have human rights. Difference in rights is qualitative, not quantitative. The rights of an insect would be of no value to a tree or a fish.
- (4) Human rights do not cancel out the rights of other modes of being to exist in their natural state. Human property rights are not absolute. Property rights are simply a special relationship between a particular human 'owner' and a particular piece of 'property' so that both might fulfil their rules in the great community of existence.
- (5) Since species exist only in the form of individuals, rights refer to individuals and to those natural groupings of individuals into flocks, herds, packs, not simply in a general way to species.

Berry believed that these principles should form the foundation of a new, non-anthropocentric global legal system. However, he never developed a detailed legal theory of EJ and his account is replete with ambiguities and indeterminacies. Three related problems are particularly relevant for our discussion, namely: how the law is to be perceived within this radically different legal theory; what notion of rights does it accommodate; and who ought to be recognized as the subject of law within EJ theory.

In the next two sub-sections, I examine two possible constructions of EJ as a legal theory: first, a radical version, more faithful to Berry's account (2.1.); second, and a moderate account, which seems more appropriate for the existing institutional context (2.2.).

2.1. *Great Jurisprudence: a strong claim for Nature's subjectivity*

Cormac Cullinan's *Wild Law* represents an early attempt at translating EJ's philosophy into a

⁹ MASON 2011, 36.

¹⁰ MASON 2011, 37.

¹¹ MASON 2011, 37.

¹² BERRY 2011, 228.

¹³ BERRY 2011, 229 (see also BERRY 2001). Herein, I only list the first five points, since the last one provides an account of the philosophical basis of the former points which we already discussed above.

theory of law¹⁴. It represents, what I believe to be, a radical elaboration of EJ as a legal theory. In the following, I sketch out its main claims and then provide some critical comments with respect.

Cullinan foremost distinguishes between the Great Jurisprudence (GJ) and Earth Jurisprudence (EJ)¹⁵. On the one hand, GJ is understood as the fundamental ontological category – a system of timeless laws of (the physical) nature that govern the functioning of the universe (an “Is”). As such, the GJ is «inherent in all things by virtue of the fact that they are part of the universal whole». On the other hand, GJ is also a fundamental normative category, representing the origin, the focal point and the normative framework of EJ *qua* legal theory (an “Ought”). EJ, for its part, is a set of legal philosophies for the development of human governance systems – thus, not already a system of human laws, but rather their philosophical framework. Seeing how GJ stands superior to EJ, the latter, in its various manifestations of specific human laws, must always move within the limits determined by GJ¹⁶. In turn, in relation to specific legal systems, EJ similarly determines the types of laws that can and ought to be adopted in pursuance of the ultimate goal of EJ, namely the promotion of «human behaviour that contributes to the health and integrity not only of that human society, but also of the wider ecological communities, and of Earth itself»¹⁷. In this sense, Cullinan argues that EJ «can be seen as functioning like the spirit of the law»¹⁸. One crucial consequence of the hierarchical subordination of human laws to the laws of nature is that the human legislators are not at liberty to promulgate just any kind of laws they see fit. Instead, their prerogative is curtailed by the laws of the natural environment and the above-mentioned goal of “maintaining the whole”.

These basic principles also inform the understanding of rights in the EJ philosophy. Accordingly, EJ proposes a radically different understanding of rights as is customary in our legal theory and (human) rights doctrine¹⁹. First of all, rights are not seen as human artefacts, but rather as a natural fact, deriving from Nature itself. Secondly, according to Berry, rights are not perceived to be legal instruments for the protection of some especially valuable human interests – rather, they regard the «freedom of humans to fulfil their duties, responsibilities and essential nature and by analogy, the principle that other natural entities are entitled to fulfil their role within the Earth Community»²⁰. The descriptive-prescriptive (Is-Ought) character of GJ mentioned above is visible also here: rights are, on the one hand, a descriptive category (“Humans and all other natural beings *are*, as a matter of fact, free to fulfil their natural roles.”) and, on the other hand, a normative category (“Humans and all other natural beings *ought to be* free to fulfil their natural roles.”). Thirdly, this definition of rights is also indicative of the set of possible subjects of rights. On the basis of the principle of interconnectedness, all living members of the Earth Community can be (and are) holders of rights²¹. This includes, first and foremost, the Earth itself. Indeed, given Earth’s fundamental importance as the “community of communities” for the survival and well-being of all other beings, Cullinan argues that «the first principle of Earth jurisprudence must be to give precedence to the survival, health and prospering of the whole Community over the inter-

¹⁴ CULLINAN 2003.

¹⁵ Note that throughout this essay, I use the term EJ in a wider sense that covers the whole of the general philosophical project, whereas Cullinan here uses the term in a narrower, legal-technical sense.

¹⁶ I.e. «human jurisprudence and the constitutions and laws that give expression to it, must be subordinate in that they must conform to the Great Jurisprudence. To the extent that they do not, they must be regarded as illegitimate and so powers exercised under them could be regarded as acts that are treated as *ultra vires* in national legal systems» (CULLINAN 2003, 112).

¹⁷ CULLINAN 2003, 82 f.

¹⁸ CULLINAN 2003, 111.

¹⁹ Cfr. RAZ 1986; KRAMER 2001a; WENAR 2020 and others.

²⁰ Berry in CULLINAN 2003, 97.

²¹ For a brief overview of different types of ethics in reference to the categories of rights-holders, see SAJEVA 2018, chp. 1.

ests of any individual or human society»²². It follows that the relations among members of the Earth Community are not relationships «between equals but between the whole [i.e. the Earth] and a part. Accordingly, while the needs of the part must be respected, attempting to balance them against the rights of the whole is inappropriate»²³.

This brief and sketchy presentation of EJ's legal philosophy allows for several critical observations to be made in reference to its basic tenets. First, in reference to the purported nature of rights. It appears to me somewhat contentious to speak of rights, indeed freedoms, whose function is to allow some predetermined purpose of an entity to be fulfilled. Customarily, we understand freedoms as allowing the freedom-holder certain choices with regard to performing, or not, of some action. EJ-rights, on the other hand, "grant" the freedom to do something that appears to be an inevitability. On this view, for instance, a tree has a right to grow, a river the right to flow and a bird the right to fly. More broadly speaking, it seems odd to speak of purposes of certain natural entities, especially sentient animals, save in some religious context (e.g. "the purpose of man is to do good and worship God"). Man-made objects are more comprehensibly spoken in such terms, but even they may be used for purposes unrelated to the one envisaged by the author (e.g. a knife can equally be used to cut food as well as for shaving a beard). But the reason why EJ is able to speak of rights and natural objects in such deterministic terms is that it confounds the Is and the Ought, the descriptive and the normative. Thus, from the physical fact that rivers flow, EJ deduces that they ought to flow and, in the final instance, that they have a right to flow. This, however, is quite clearly a case of the naturalistic fallacy²⁴. There is yet another curiosity with EJ-rights worth mentioning. Namely, it should be noted that the nature of *human* rights on this account is quite different from the nature of the rights of all other rights-holders. While all other natural entities are holders exclusively of freedoms, humans are the only ones who are duty-bearers as well. Against what Berry claimed (see point 3, above), human rights seem to be the only kind of limited rights, opposed to rights of other subjects that seem unlimited. It also follows that while other natural entities hold their rights against human beings (but not against each other), the latter can only hold their rights in their mutual relations, but not against other natural entities.

Secondly, with regard to the class of rights-holders, EJ subscribes to an extensive granting of rights to all individual instances of natural entities (e.g. individual birds, wolves, humans, rivers etc.), natural groupings thereof (e.g. flocks of birds, packs of wolves etc.), as well as to the Earth itself (a collective of collectives). On the other hand, it seems to reject the possibility of species holding these same rights²⁵. This selective mix of potential rights-holders and the hierarchical structuring of their rights may cause certain problems for human law-makers and law-appliers. For instance, refusing species-rights greatly reduces the capacity of legal systems to regulate in advance and *in abstracto* permissible human behaviour in relation to the environment. Laws have the greatest impact when they deal with abstract and general categories (such as, for instance, animals, the bear population, freshwater fishes etc.), not with individualized, specific instances thereof. Moreover, taking seriously the primacy of Earth's rights, would make adjudication in concrete cases a Herculean task. Consider, for instance, that a proposal for building a dam on a river in Italy is challenged in an Italian court of law for purportedly violating the well-being of the Earth community as such. The sitting judge would have to consider all possible effects such a

²² CULLINAN 2003, 100.

²³ CULLINAN 2003, 100.

²⁴ Cf. BURDON 2020, 313. The naturalistic fallacy is often also called Hume's Law. See HUME 2000 [1740], Part III.1, Sect. 1.

²⁵ Among other problems related to this is the question whether EJ allows for the eradication of invasive species from a certain territory if that would promote the well-being of the whole of the biotic community on that territory. See SAJEVA 2018, 18 ff.

spatially circumscribed interference into the ecosystem would have for the biosphere in general. It seems hardly plausible that a single individual would possess sufficient information to perform such a balancing act in an informed manner. Thus, it seems that in real-life, non-ideal circumstances, decision-making concerning the well-being of the entire Earth community is either destined to become a one-way affair with an *ex ante* predictable result, i.e. the well-being of the Earth would always prevail; or we have to accept that fallible individuals will render sub-optimal decisions, potentially failing to provide sufficient legal protection for the environment.

Finally, it is unclear what the scope of EJ-informed law in legal systems ought to be. If EJ is limited to the sphere of environment-related laws, the problem is that it gives rise to cohabitation of two utterly different systems of governance: one arguing for the legal primacy of Earth-centred considerations, another based on the premise of the supremacy of the constitution. On crucial problem in this regard is that there appears to be no criterion that would determine which system's "rule of recognition" would (have to) prevail should the two clash. On the other hand, if EJ principles are to pervade all areas of legal regulation, I struggle to see how certain exclusively human affairs could ever be guided by a system that primarily derives its normative conclusions from observation of physical laws of nature. Indeed, practical coordination problems (e.g. rules of traffic), which usually require an arbitrary solution to be agreed upon, could not find guide in the laws of nature.

The above said leads me to conclude that the radical version of EJ as a legal theory is not a viable model for the legal systems in the Constitutional State. Its radically different understanding of the concepts of law, rights etc. makes it, in the final instance, incompatible with the basic precepts of our existing governance models. It is therefore excluded from my further considerations in this essay.

2.2. A moderate proposal for Nature's subjectivity

That a rights-for-nature project could function within the limits of contemporary legal systems has perhaps most famously been argued by Christopher Stone in his seminal paper *Should Trees Have Standing*²⁶ in which he develops a theory of procedural rights for all kinds of natural entities. More recently, Peter Burdon and other authors have presented arguments that seem to bring EJ closer to contemporary law than Cullinan's project.

Burdon bases his reading of EJ on the same fundamental distinction between the Great Law (GL) and the Human Law (HL) as we have seen above. GL is perceived as hierarchically superior to HL and independent from it, representing the latter's bedrock value and substantive limit. On the other hand, HL is defined as «*rules, supported by the Great Law, which are articulated by human authorities for the common good of the comprehensive whole*»²⁷. If HL is to be considered law in the relevant sense of the word, it must be created and interpreted in a way that is consistent with GL. HL, however, is not merely automatically deduced from GL – rather, Burdon admits that there will likely be different ways of satisfying the requirements of GL, thus allowing a certain discretionary space for human legislators. Integration of EJ principles into positive law is particularly important at the constitutional level. Burdon, for example, argues that should principles of EJ be integrated at the constitutional level, «legislators would be required to have appropriate regard of them when articulating Human Law»²⁸. Rühls and Jones emphasize that implementing EJ through constitutional law would be beneficial, as it could «be used to provide a much stronger degree of protection for the environment, by creating substantive rights “of”

²⁶ STONE 1972.

²⁷ BURDON 2012, 47. (Italics are in the original.)

²⁸ BURDON 2012, 51.

nature, and not merely substantive human rights “to” a healthy environment»²⁹. Bosselmann goes a step further and argues for the introduction of an environmental basic norm into legal systems. Such an environmental Grundnorm would «underpin and guide the interpretation of existing law and the creation of new laws»³⁰. Its substance would be provided by the principle of sustainability, which would, if properly implemented at all levels of law-making and law-application, set limits to, for instance, the use of environmental resources and, more broadly, promote a culture of self-restraint³¹. Kotzé, for his part, has argued that sustainable development could have a decisive role in supporting «the rule of law for nature» if it is given proper constitutional recognition³². On his examination, sustainable development as a constitutional principle (in South Africa) incorporates both «the procedural aspects of the rule of law for nature» – providing a standard for the creation and implementation of legislative and administrative measures «that must aim to protect the environment for the present and future generations» – and substantive standards – according to which all legislative and administrative measures ought to achieve certain substantive objectives like the protection of the environment³³.

This version of EJ’s greater compatibility with existing legal frameworks is also visible from how incompatibilities between specific human laws and the GL are to be treated. While EJ is obviously based in natural law theory, human laws that do not conform to the requirements of GL are not automatically considered non-law and thus deprived of legal validity³⁴. Rather, such laws – on the condition that they are adopted by the appropriate authority in the prescribed manner – remain legally valid, and thus obligatory for their addressees. However, they are not considered – by proponents of EJ – law in the “true” sense of the word. What this actually means is that such law loses its moral authority³⁵. In consequence, only when inconsistency between HL and GL would be grave enough could civil disobedience be warranted on the part of the citizenry. On the other hand, if EJ principles would be properly integrated into a country’s constitutional law, a law «inconsistent with the principles of Earth democracy would be open to legal challenge and under current principles of Constitutional law could be rendered invalid»³⁶. On this reading of EJ, then, HL is, from the legal point of view, foremost subordinate to superior legal acts, i.e. the constitution, and only in the second instance to the precepts of GL.

Still another issue in which this version of EJ differs from the former account is the explicit acknowledgement that its scope is limited: EJ, on this view, does not seek to provide guidance for numerous areas of law (e.g. contract law), nor does it enter ethical debates such as on gay marriage, abortion, euthanasia etc. Instead, argues Burdon, «Earth Jurisprudence is concerned specifically with matters concerning human interaction and modification of the environment»³⁷. In this sense, EJ will apply to property law, environmental law, natural resource management etc., but not to traffic rules, family law, or work safety regulations. Note also that this strand of EJ does not fall victim to the problem of the “cohabitation” of two systems both claiming (legal) superiority mentioned above³⁸. As I have just shown, in this version of EJ, human laws (i.e. constitutional law) normally take precedence over GL.

²⁹ RÜHS, JONES 2016, 8.

³⁰ BOSSELMANN 2013, 83.

³¹ Cfr. BOSSELMANN 2013, 86 f.

³² KOTZÉ 2013, 131.

³³ KOTZÉ 2013, 138

³⁴ Cfr. KELSEN 2006 [1949], 411.

³⁵ BURDON 2012, 55ff.

³⁶ BURDON 2012, 51; cfr. KOTZÉ 2013, 134.

³⁷ BURDON 2012, 49.

³⁸ On the other hand, BOSSELMANN (2013, 90) argues for the idea of an eco-constitutional state, where, it seems, the principle of the rule of law – focused on human well-being, and the principle of environmental protection, co-exist side by side. Indeed, Bosselmann argues that «both must be seen as mutually reinforcing and together defining the state».

To sum up, Burdon and others have attempted to show that it is possible to construct an EJ legal theory which is not incompatible with the main precepts of contemporary legal systems. Their fundamental move in doing this is to integrate and subordinate EJ-inspired law to the positive law. In this light, it is interesting to note that Burdon has recently argued that EJ's basic claim for rights of Nature is the wrong strategy for combating the environmental crisis. Rather, Burdon argues that we should focus on establishing robust human obligations towards the environment. The bases for this claim are provided by the thinking that if human beings are the cause of the current environmental crisis, it is there that the solutions to it should be sought. In reference to the best approach to combat the ongoing ecological disasters, he argues that

«[L]egal rights are ill-suited to this task. Rights enable us to externalise the problem and project concepts onto nature. But the problem is not “out there”. The problem is with us and we need to place human power at the centre of our legal and ethical frameworks. One way to do this is through obligations»³⁹.

Burdon also claims that obligations are prior to rights. Although he does not specify in what sense (logical, moral, some other?), his further discussion leads us to conclude that this priority is moral. While I am personally convinced by his understanding of the root causes of the problem, as well as his argument for a human-centred solution, his argument from obligations does not address, let alone resolve, the conceptual problems of this strand of EJ with the set of viable rights-holders. Thus, it is unclear whether this version of EJ deviates from the former one as potential rights-holders are concerned. Another fundamental conceptual question that remains unaddressed in Burdon's account is whether he subscribes to the idea that natural entities have rights-claims (as would follow from his argument that humans have, or ought to have, duties in their confront) or merely liberties. I emphasize the importance of this and other conceptual issues for a viable EJ legal theory in the next section.

3. *Earth Jurisprudence meets rights theory*

A legal-theoretical project seeking to establish a convincing argument for the rights of X (X being a certain type of entities, like human foetuses, artificial intelligence, animals, Nature etc.) ought first to establish that such rights are a conceptual possibility. Put simply, it ought to be able to respond positively to the question “Can X have legal rights?”⁴⁰. The answer to this question will usually require, first, showing how the rights of X are structurally possible; second, establishing that rights can play an important role (function) for X and that it therefore makes sense to ascribe rights to X. In the case before us, the question that needs to be answered is “Can Nature have legal rights?”. Below, I address some key questions regarding EJ's claim for the rights of Nature and see whether the claim can be upheld.

Above, I already pointed to the rather ambiguous manner in which rights-claims are presented in EJ (see 2.). Arguably, the most wildly used conceptual tool for confronting such ambiguities in this context is Hohfeld's analysis of legal relations⁴¹. I presuppose that readers of this essay are familiar with the basic tenets of this analysis and the fundamental legal positions it builds upon (i.e. claims, privileges/liberties, powers and immunities – and their conceptual opposites of duties, no-claims, liabilities and disabilities). I will therefore skip the traditional presentation of the basic mechanisms of Hohfeld's analysis and go straight to the point.

What kind of rights are claimed for Nature by EJ? Berry explicitly lists three: the right to ex-

³⁹ BURDON 2020, 311. In reference to the mentioned anthropomorphization of Nature, see PERRA 2020 in this volume.

⁴⁰ Cfr. STUCKI 2020.

⁴¹ See HOHFELD 1923.

istence, the right to habitat and the right to fulfil one's role. In my view, the right to existence (i.e. to life) and the right to habitat can be translated into Hohfeldian *claims*. For instance, the right to existence is a claim not to be killed, which means that all other (people) are duty-bound not to kill the claim-holder. On the other hand, the right to fulfil one's role in the Earth Community is most sensibly seen as a *liberty*⁴². As we have seen above, these two legal positions are also at the centre of Burdon's account of EJ (2.2.).

Let us first examine the situation with liberties. An individual has a (Hohfeldian) liberty to ϕ if, and only if, she has no duty towards someone else not to ϕ . For example, I am at liberty to visit my father at his home, if I am not duty-bound not to visit him. I have already commented on the curious nature of EJ-rights: EJ seems to demand a right (the freedom, in this specific case) for doing something that is an inevitable characteristic of natural entities. Thus, for example, EJ calls for a river's liberty to flow or a bird's freedom to fly. In a recent article regarding animal rights, Saskia Stucki calls such a liberty "natural" or "naked" i.e. a liberty to move freely, unbound by a duty not to move around⁴³. Affirming the liberty of animals to roam around is of itself redundant, argues Stucki, as it does «nothing more than affirm an already and invariably existing natural condition of dutylessness»⁴⁴. Practically, such a liberty is useless as it does not protect animals against interferences by others with the exercise of their freedom. If this freedom is to make sense, what is needed is the transformation of "natural liberties" into legally protected ones that would prevent certain interferences against them. As Stucki argues «it seems sensible to think of "natural liberties" as constituting legal rights only when embedded in a "protective perimeter" of *claim rights* and correlative duties within which such liberties may meaningfully exist and be exercised»⁴⁵. In substance, then, any sensible discourse on animal rights is reduced to the question of claim-rights. Stucki continues by claiming – and convincingly demonstrating – that sentient animals can be ascribed with claims and, in consequence, be considered persons in law. For the purposes of this essay, at least, I therefore accept that one part of the natural entities for which EJ promotes the attribution of rights – i.e. sentient animals – are, indeed, viable candidates for legal personhood. What remains suspended, is the question whether non-animal living beings can hold rights and be considered persons in law.

To answer this question, let us now turn to claims. One has a (legal) claim to ϕ if, and only if, someone else is under a legal duty to ϕ . Following EJ, some natural entity (a river, a forest, a flock of birds etc.) has a claim not to be killed, whenever other natural entities – in reality only human beings – have a duty not to kill them. We can see from this that a specific feature of Hohfeldian duties *qua* their logical correlatives of claims is that they are "owed to" the claim-holder⁴⁶. This, in other terms, means that whatever the content of the duty, its performance must always be beneficial to the claim-holder, or (what amount largely to the same) protect or advance an interest of the same. This brings us to the question of the function of rights. This problem is traditionally the province of the will theories and the interest theories of rights⁴⁷. Very briefly, will theories hold that «the function of a right is to give its holder control over another's duty»⁴⁸. Thus, for will theories, the essence of holding a right is in having the opportunity to make choices and to control the other person's du-

⁴² This much can be gathered from Cullinan, who argues that the fundamental river equivalent of a human right would be the river's right to flow, seeing how flowing is the essence of a river. See CULLINAN 2003, 104.

⁴³ The distinction between a naked and a vested right (liberty) is originally Bentham's. See HART 1982, 172.

⁴⁴ STUCKI 2020, 538. Note that a liberty proper is an active right, whose exercise depends on the holder's own actions. This excludes non-human entities from being considered possible holders of such rights. Claims, on the other hand, as we will shortly see, are passive rights as they primarily regard the actions of others. Cr. WENAR 2020, 2.1.7.

⁴⁵ STUCKI 2020, 538 f. Stucki argues that this «protective perimeter consists of some general duties (arising *not from the liberty itself, but from other claim rights*, such as the right to life and physical integrity)». All italics are mine.

⁴⁶ Cfr. WENAR 2020, 2.1.2.

⁴⁷ For a brief overview, see WENAR 2020, 2.2.

⁴⁸ WENAR 2020, 2.2.

ty. For instance, if someone promises that she will do something to (or for) me, then I have a right against this person because I have the power to waive her duty to keep the promise. Given their focus on active performances of rights-holders, will theories are often criticized for being incapable of lending themselves to arguments for rights of those entities that do not possess sufficient cognitive abilities to actively make the relevant choices⁴⁹. If even human infants and sentient animals are excluded from consideration as rights-holders, the same doubtlessly *a fortiori* applies to non-animal beings. As it is incapable of accommodating for the rights-claims of these entities, the will theory of rights will here not be further considered.

The interest theory, on the other hand, holds that «the essence of a right consists in the normative protection of some aspect(s) of the right-holder's well-being» or interests⁵⁰. To take the example of a promise again, from the perspective of the interest theory, the point of the right is not in the choice of whether or not to require the fulfilment of a promise, but, for instance, in the fact that the promisee will gain some benefit from the promise being fulfilled. More controversial is the question, what exactly does having an interest entails, as well as what are the conditions for having interests in the first place. Views on the matter can be pretty extreme, as, for instance, is Kramer's, according to whom «any being B has interests if and only if B's situation can be enhanced or worsened. Under that conception of interests, the occurrence of some event *e* is in the interest of B if the occurrence of *e* will either improve B's situation or avert a worsening of it»⁵¹. On this view, interests can be held by humans, animals, rivers and trees, but also by buildings or paintings. On the other hand, much more contained proposals tie the capacity for interest-holding with *sentience*. Sentience is crucial for having interests because «sentient beings do have a stake in their own well-being. It matters to sentient beings how you treat them»⁵². This, of course, doesn't mean that non-sentient beings can be maltreated just because they have no stake in their well-being. There are different reasons for treating non-sentient beings well – «these reasons», however, «do not refer to their own interests. For without conscious awareness, beings cannot have interests»⁵³. Or, as Kramer emphasizes, «there are sundry inanimate phenomena toward which we should undoubtedly show great respect and care; but we respect them and care for them as objects rather than as subjects». Thus, eventual legal duties in relation to these objects «*pertain* to the objects but are not *owed* to them»⁵⁴. An original Van Gogh painting, for instance, surely has no interest of its own to be treated well, but there are nevertheless important reasons related to the preservation of our cultural heritage for why we should treat it with care. Applied to the case of rivers, forests, and other living but non-sentient beings, this means that there may be good reasons why we should have laws preventing pollution of rivers or massive deforestation, for instance. Such laws would surely contribute to the preservation of the environment or to some other similar lofty goal. These reasons and goals, however, are not related to the well-being of the rivers and forests themselves. This, in the final instance, means that non-animal beings cannot be ascribed interests and, in consequence, cannot be considered claim-holders on the interest theory of rights.

4. Conclusion. "It's all about us, silly"

In this short essay, I presented and then commented upon several claims and proposals made by EJ, conceived as a theory of law. First, I presented two elaborations of EJ *qua* legal theory – one

⁴⁹ See, for instance, MACCORMICK 1979; KRAMER 2001a.

⁵⁰ KRAMER 2001, 29.

⁵¹ KRAMER 2017, 137.

⁵² STEINBOCK 2011, 11

⁵³ STEINBOCK 2011, xiv.

⁵⁴ KRAMER 2001a, 34 f.

more radical, another somewhat more modest. I rejected the first as incompatible with the structure and content of contemporary legal systems. The second elaboration, on the other hand, seems more plausible in the contemporary legal context. Then, I attempted to elaborate a set of issues that a theory of rights-for-Nature such as EJ must address should it wish to provide a convincing defence of its claims.

The problem of “who is law for”, i.e. who can be a rights-holding person in law, can be addressed on different levels. From a purely legal-technical point of view of the legislator, there seems to be very little, if any, non-legal reasons preventing the legislator from ascribing rights to whichever type of entity, be it natural or fictional. As Dayan vividly argues, at the hands of the legislator the law can become a magic-like instrument for changing the world: «Once the word “legal” is attached to words such as conscience, intellect, or choice» Dayan argues, «they no longer mean what we thought they meant. It is as if whenever “legal” is used, it erodes not just the customary and normal but the very facts of existence»⁵⁵. However, neither legal theory, nor legal practice will easily admit what some argue, namely that «anything goes, anything or anyone can be endowed with rights and so become a legal person, as long as it is compatible with the purpose of any particular law»⁵⁶. At the theoretical level, as we have seen, it is necessary that – among other things – the entity in question can sensibly be ascribed interests⁵⁷. At the practical level, the problem of a radical and hasty expansion of legal personhood to new entities could risk a societal backlash. As Pietrzykowski notes, equal recognition of personhood has been a long and painful process even in reference to human beings⁵⁸. The expansion of legal recognition to new entities should therefore always tread carefully and rather than being a trailblazing activity should follow in the footsteps of scientific discovery, theoretical arguments and societal acceptance⁵⁹. As far as welcoming sentient animals into the family of persons is concerned, there is increasing scientific evidence showing their cognitive similarity to some already recognized persons; there are also solid legal theoretical arguments supporting rights-attribution; finally, Western societies seem to be increasingly receptive of the idea as well. On the other hand, all of the above is lacking in relation to the question of extending legal personhood to non-animal living entities, i.e. Nature. The conclusion of this essay is, thus, that EJ fails to establish itself as a viable theory of rights for Nature. This, however, doesn't mean that we are given a free pass in how we should treat the environment. This brings me to the last point I wish to make here.

As we have seen, EJ moves from the argument that anthropocentrism is at the root of the ecological disaster we are experiencing. In consequence, it argues that our ethics, legal regulation and political practice ought to be informed by a non-anthropocentric, Eco-centric point of view. The curious thing about these proposals is that they are in their very nature quite anthropocentric: they tell us how we should change *our* laws, *our* political institutions, *our* way of life, how *we* should treat Nature⁶⁰. Implicitly, then, it seems that EJ already recognizes what seems to be an obvious fact: that the problem begins and ends with us. As Burdon notes, the existence of the Anthropocene itself is proof of the uniquely human capacity to influence the environment in a profound manner. If man is the only one to blame for the current crisis, then man also can be its cure. To conclude with Burdon: «Rather than retreat into an ecological worldview and notions of inherent value and legal rights, I contend that the Anthropocene encourages us to develop environmental ethics and law that begin from and are ordered around human beings»⁶¹.

⁵⁵ DAYAN 2011, 150 f.

⁵⁶ NAFFINE 2009, 21.

⁵⁷ For a more comprehensive treatment of the argument why not anything can be a person in law, see KURKI 2019, 131 ff.

⁵⁸ PIETRZYKOWSKI 2017a, 65.

⁵⁹ In light of this, it should come as no surprise that the countries in which cases of personhood recognition to animal and non-animal beings has already occurred are the ones in which indigenous communities have had an important socio-cultural impact. Cfr. PERRA 2020. Similarly, MÍGUEZ NÚÑEZ 2020.

⁶⁰ Cfr BURDON 2020a.

⁶¹ BURDON 2020, 319.

References

- BERRY T. 1999. *The Great Work. Our Way into the Future*, Bell Tower.
- BERRY T. 2001. *The Origin, Differentiation and Role of Rights*. Paper presented at the Earth Jurisprudence Conference, 21–24 April 2001 at the Airlie Centre, Warrenton, Virginia (USA).
- BERRY T. 2011. *Rights of the Earth: We Need a New Legal Framework Which Recognises the Rights of All Living Beings*, in BURDON P. (ed.), *Exploring Wild Law: The philosophy of earth jurisprudence*, Wakefield Press, 227 ff.
- BOSELMANN K. 2013. *Grounding the Rule of Law*, in VOIGT C. (ed.), *Rule of Law for Nature. New Dimensions and Ideas in Environmental Law*, Cambridge University Press, 75 ff.
- BURDON P. 2012. *A Theory of Earth Jurisprudence*, in «Australian Journal of Legal Philosophy», 37, 2012, 28 ff.
- BURDON P. 2020. *Obligations in the Anthropocene*, in «Law and Critique», 31, 2020, 309 ff.
- BURDON P. 2020a. *Ecological law in the Anthropocene*, in «Transnational Legal Theory», 2020.
- CELANO B. 2018. *Lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli.
- CULLINAN C. 2003. *Wild Law: A Manifesto for Earth Justice*, UIT Cambridge.
- DAYAN C. 2011. *The Law is a White Dog. How Legal Rituals Make and Unmake Persons*, Princeton University Press.
- FERRAJOLI L. 2007. *Principia Iuris. Vol. I. Teoria del diritto*, Laterza.
- HART H.L.A. 1982. *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press.
- HOHFELD W.N. 1923. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays* (ed. Walter W. Cook), Yale University Press.
- HUME D. 2000 [1740]. *A Treatise of Human Nature* (eds. David F. Norton, Mary J. Norton), Oxford University Press.
- KELSEN H. 2006 [1949]. *Natural Law Doctrine and Legal Positivism*, in ID. *General Theory of Law and State*, Transaction Publishers, 391 ff.
- KOTZÉ L.J. 2013. *Sustainable Development and the Rule of Law for Nature. A Constitutional Reading*, in VOIGT C. (ed.), *Rule of Law for Nature. New Dimensions and Ideas in Environmental Law*, Cambridge University Press, 130 ff.
- KRAMER M. 2001. *Do Animals and Dead People Have Legal Rights?*, in «Canadian Journal of Law and Jurisprudence», XIV, 1, 2001, 29 ff.
- KRAMER M. 2001a. *Getting Rights Right*, in ID. (ed.), *Rights, Wrongs and Responsibilities*, Palgrave, 28 ff.
- KRAMER M. 2017. *Liberalism with Excellence*, Oxford University Press.
- KURKI V.A.J. 2019. *A Theory of Legal Personhood*, Oxford University Press.
- MACCORMICK N. 1976. *Children's Rights: A Test-Case for Theories of Right*, in «ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy», 62, 3, 1976, 305 ff.
- MASON I. 2011. *One in All: Principles and Characteristics of Earth Jurisprudence*, in BURDON P. (ed.), *Exploring Wild Law: The philosophy of earth jurisprudence*, Wakefield Press, 35 ff.
- MÍGUEZ NÚÑEZ R. 2020. *Soggettività giuridica e natura. Spunti per una riflessione civilistica*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 20, 2, 2020, 29 ff.

- NAFFINE N. 2009. *Law's Meaning of Life. Philosophy, Religion, Darwin and the Legal Person*, Hart Publishing.
- PERRA L. 2020. *L'antropomorfizzazione giuridica*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 20, 2, 2020, 47 ff.
- PIETRZYKOWSKI T. 2017. *The Idea of Non-personal Subjects of Law*, in KURKI V.A.J., PIETRZYKOWSKI T. (eds.), *Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn*, Springer, 49 ff.
- PIETRZYKOWSKI T. 2017a. *Towards Modest Naturalization of Personhood in Law*, in «Revus – Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law», 32, 2017, 59 ff.
- RAZ J. 1986. *The Nature of Rights*, in ID. *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, 165 ff.
- RÜHS N., JONES A. 2016. *The Implementation of Earth Jurisprudence through Substantive Constitutional Rights of Nature*, in «Sustainability», 8, 2016, 174 ff.
- SAJEVA G. 2018. *When Rights Embrace Responsibilities. Biocultural Rights and the Conservation of Environment*, Oxford University Press.
- STEINBOCK B. 2011. *Life Before Birth: The Moral and Legal Status of Embryos and Fetuses* (2nd ed.), Oxford University Press.
- STONE C. 1972. *Should Trees Have Standing? Towards Legal Rights for Natural Objects*, in «Southern California Law Review», 45, 1972, 450 ff.
- STUCKI S. 2020. *Towards a Theory of Legal Animal Rights: Simple and Fundamental Rights*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 40, 3, 2020, 533 ff.
- WENAR L. 2020. *Rights*, in ZALTA E.N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Available at: <https://plato.stanford.edu/entries/rights/> (last accessed December 2020).

THE INTERACTIVE
DIALOGUES OF UN
HARMONY WITH NATURE:
FOR A PARADIGMATIC SHIFT TO
EARTH-CENTRED GOVERNANCE

GIADA **GIACOMINI**



The Interactive Dialogues of UN Harmony with Nature: for a paradigmatic shift to Earth-centred governance

GIADA GIACOMINI

Università di Roma La Sapienza, Facoltà di Scienze Politiche. Young expert del Knowledge Network, UN Harmony with Nature.
E-mail: giada.giacomini@uniroma1.it

ABSTRACT

Rights of Nature are increasingly being recognized at the national level, through legislation and courts' decisions, and at the international level, thanks to programmes like *UN Harmony with Nature*. This paper, after having introduced the main objectives of Earth Jurisprudence, examines the role of *UN Harmony with Nature* in sharing and tracing best practices and experiences in national and international contexts worldwide concerning rights of Nature. It gives a thorough overview of the *UN Interactive Dialogues*, annual conferences held by leading experts in Earth jurisprudence, which purpose is to foster a substantial shift in law and governance towards an earth-centred legal paradigm.

KEYWORDS

rights of Nature; UN Harmony with Nature; Earth Jurisprudence

The Interactive Dialogues of UN Harmony with Nature: for a paradigmatic shift to Earth-centred governance

GIADA GIACOMINI

1. Introduction – 2. The recognition of rights of Nature: Earth Jurisprudence as a paradigmatic shift – 3. The institutional response: UN Harmony with Nature and national contexts – 4. The dialogues: rationale and outcomes – 5. Conclusion: towards the Earth Assembly.

1. Introduction

The word “environment” comes from the French word *environs*, which is composed by *en* and *vire* (to turn in)¹. This implies that this word embeds a duality between a centre, that stands still, and a surrounding that encloses that centre. The human form is at the centre of the environment, it is its pivot that remains stable, unyielding and central, and substantially differentiated from the animal and natural world².

Classical environmental law is characterized by respecting the outlined anthropocentric paradigm, with human beings at the centre and the environment and its natural resources seen as “services” to the human societies. However, in recent years there has been growing recognition, in national and international contexts, that we need to move beyond the anthropocentric epoch as reflected in environmental law.

Harmony with Nature, a UN-led programme, is the international entity that promotes a paradigmatic shift from anthropocentric environmental law by focusing on recent developments of the so-called Earth Jurisprudence. In its first decade of work, which has been celebrated this year (2020), *Harmony with Nature* has hosted ten Interactive Dialogues, which are initiatives aimed at commemorating International Mother Earth Day, recurring on the 22 of April since the year 2009. They have brought to the forefront the need to move away from a human-centred worldview to an Earth-centred legal and governance system that rebalances the relationship between humans and the planet.

This paper focuses on the recognition of rights of Nature within the UN system and national contexts, examining the important role of the *Harmony with Nature’s Dialogues* in fostering a new legal paradigm that ultimately see its goal in promoting the advancement of Earth Jurisprudence.

2. The recognition of rights of Nature: Earth Jurisprudence as a paradigmatic shift

Dominant approaches in environmental law based on concepts such as sustainable development and green economy are being challenged by several scholars and critical legal thinkers who argue for a new philosophical and legal perspective. Such perspective has traditionally been overshadowed by orthodox legal theory³. Much of the inspiration of the Earth Jurisprudence movement has been taken from the philosophical views of Thomas Berry, considered by many the

¹ See also Etymonline website https://www.etymonline.com/word/environs#etymonline_v_38237 (accessed November 2020).

² For a critical approach to the dualism in environmental law, see PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS 2011.

³ See, for example LATOUR 1998; PLUMWOOD 2009; BENNETT 2010; MORTON 2010; BURDON 2011.

father of this innovative legal theory⁴. Earth Jurisprudence seeks to re-balance the focus of law, from a hierarchical anthropocentric conception, to an ecocentric conception where humans are functional for the Earth well-being⁵. This can be done by replacing the human utopian dream of dominating, controlling and using Nature for the benefit of the sole humanity with an holistic worldview in which the role of humans is to celebrate, respect and guard the environment. The result of this paradigmatic shift would be a refocus on new ways for global environmental law and governance to support ecosystems.

The Principles of Earth Jurisprudence reflect the idea that humans are only one part of the wider community of other living and non-living beings, and that human welfare and human existence are dependent on the planet well-being⁶. Therefore, law should be aimed at protecting Nature⁷ first and, consequently, human wellbeing. This is due to the fact that, in Earth Jurisprudence, «the Universe is the primary law-giver: law is not a human construct, but it is a re-discovery of what is already embedded in Nature»⁸. Earth Jurisprudence's theorization of law is in open contrast with Western theories of jurisprudence, which consider the non-human world non-essential for the operationalization of law⁹. Thus, anthropocentric conceptions of law tend to deem as completely appropriate the allowance of polluting activities or other highly-impacting actions on the environment – for example, no State has so far forbidden the emissions of GHGs although scientific evidence has demonstrated their direct correlation to global warming.

Earth Jurisprudence, in recognizing the Universe as the primary source of law, aims at re-shaping completely the relationship between humans and the planet, by substituting the tyranny of indiscriminate exploitation and the “mythology of independence” with a mutually enhancing relationship that benefits both Nature and humans¹⁰. According to Thomas Berry¹¹, there are three essential principles that govern this relationship: principle of wholeness, principle of care and principle of lawfulness¹². Law and governance should then re-focus in a way that would support ecosystems and the complex interactions taking place in our planet, finding an effective remedy to the ongoing destruction of Nature¹³.

In order to realize such paradigmatic shift, Earth Jurisprudence greatly draws upon Indigenous peoples' views and cosmovisions, paying attention to their customs and practices¹⁴.

⁴ See generally BERRY 1999; BERRY 2006; SWIMME, BERRY 1992.

⁵ See generally ECKERSLEY 1992.

⁶ According to the Principles of Earth Jurisprudence the Universe is the primary law-giver, not human legal systems; The Earth community and all the beings that constitute it have fundamental “rights”, including the right to exist, to habitat or a place to be, and to participate in the evolution of the Earth community. See also: CULLINAN 2011.

⁷ In the context of the Earth-centred paradigm addressed in this paper, Nature or Mother Earth is not an object or property but a subject of law, with legal personhood, whose intrinsic value is recognized, hence written throughout the paper with a capital N. The capitalization of the word Nature was recognized by the UN General Assembly and incorporated in resolution 73/235, 29th preambular paragraph, and the previous report of the Secretary General on Harmony with Nature (A/74/236).

⁸ See generally GRAHAM 2011.

⁹ GRAHAM 2011.

¹⁰ CULLINAN 2011, 45.

¹¹ BERRY 1999.

¹² The first principle applies to every existing institution, and it refers to the interconnectedness of all subjects present in Nature. In this conception Nature is not made for human use. The principle of care recognizes that all species should be protected and that every existing being has the right to be, the right to habitat and the right to fulfil its role in the process of Earth community. Human immense powers, used without care, can be highly destructive. Finally, the principle of lawfulness entails the recognition that law is already embedded in Nature, thus is discovered, not made. See generally BERRY 1999. For a feminist approach to the ethics of care, see generally DONOVAN, ADAMS 2007.

¹³ According to environmental scientists, human activities are provoking the ongoing sixth mass extinction. See also: UN Environment website, available at <https://www.unenvironment.org/pt-br/node/24717> (accessed November 2020).

¹⁴ Berry recognizes the importance of listening to indigenous peoples' voices: «[...] Indigenous peoples

In fact, Indigenous peoples' traditional livelihoods are characterized by an intimate and personal level in which they establish their relationship with Nature, understanding it as reciprocal nourishment and within a frame of mutual coexistence¹⁵. Such complex cultural systems demonstrate the maintenance of the "relatively homeostatic" and centuries-long Indigenous relationship with Nature through their local ecologies, that prevented the spoiling of lands and the altering of ecosystems¹⁶. This way of intending the relationship man/Nature is reflected in Indigenous normative organizations: respect for the environment is deeply embedded in Indigenous peoples' customary law systems¹⁷. The current debate around conferring rights of Nature is deeply influenced by Indigenous views, as demonstrated further on in the analysis of legal instruments aimed at awarding rights of Nature¹⁸.

The connection between the recognition of rights of Nature and Indigenous cosmovisions is evident insofar institutional recognition of rights of Nature primarily came from countries where Indigenous peoples represent a great share of the population. In fact, in 2009, Mr. Evo Morales Ayma, President of the Plurinational State of Bolivia, presented a statement at the General Assembly on the declaration of International Mother Earth Day¹⁹. Bolivia had taken the lead in bringing this draft resolution before the General Assembly, and as reflected in President Morales words,

«[...] the twentyfirst century is the century of the rights of Mother Earth and of all living beings. If we are to live in harmony with Nature, we need to recognize that not only we human beings have rights, but that the planet does as well. Animals, plants and all living beings have rights that we must respect [...] I would also like to recall that in Bolivia, in particular among the local indigenous peoples that I am familiar with, Mother Earth is sacred to life. [...] I would ask the representatives of the countries that comprise the United Nations to consider that Earth would have no problems if there were no human beings, but human beings would not be human beings without Mother Earth. I greatly regret our current, ongoing plight. The problems of the so-called financial, energy and food crises are the results of human beings' failure to respect planet Earth»²⁰.

The official recognition of the International Mother Earth Day paved the way for an institutional response to the renewed interest in alternatives to the classic and anthropocentric approach in environmental law. In December 2009, the first UN Resolution on Harmony with Nature was adopted, requesting the Secretary-General to submit a report on this theme²¹.

traditionally they live in conscious awareness of the stars in the heavens, the topography of the region, the dawn and sunset, the phase of the moon, and the seasonal sequence. They live in a world of subjects, not a world of objects». See also: BERRY 1999.

¹⁵ MASON 2011.

¹⁶ ABRAHAM 1996, 93.

¹⁷ See generally, PARROTTA, RONALD 2011.

¹⁸ However, wild lawyers should be careful in not selecting and adopting only the traits of Indigenous cultures that appear to be particularly inviting, while excluding those that are negatively judged. This would result in a utilitarian approach to Indigenous cosmovisions, aimed at isolating only certain characteristics of Indigenous cultures deemed useful for the development of the Earth Jurisprudence project. Wild lawyers are indeed not inventing anything new, but rather they are giving voice to peoples that have been oppressed and marginalized by past and current forms of colonialism. See also: PELLIZZON 2014.

¹⁹ UN General Assembly, Report of the 80th plenary meeting Wednesday, 22 April 2009, A/63/PV.80.

²⁰ Also cited in ZELLE et al. 2020, 416.

²¹ UN General Assembly, Resolution adopted by the General Assembly on 21 December 2009 [on the report of the Second Committee (A/64/420)] 64/196. *Harmony with Nature*, A/RES/64/196.

3. *The institutional response: UN Harmony with Nature and national contexts*

Harmony with Nature is a UN-led programme through which Member states have «acknowledged that the Earth and its ecosystems are our common home, and expressed their conviction that it is necessary to promote Harmony with Nature in order to achieve a just balance among the economic, social and environmental needs of present and future generations»²². UN *Harmony with Nature* is a network of state and non-state actors, academics and scientists who believe that climate change, biodiversity loss, desertification, and the disruption of natural cycles and ecosystems are provoked by our disregard for Nature and the integrity of life-supporting processes²³. Therefore, re-shaping the balance between humans and Nature is essential in order to cope with current challenges, such as population growth, lack of food security, depletion of ecosystem services and destruction of biodiversity²⁴.

The need for such paradigmatic shift, as prescribed by the theorists and practitioners of Earth Jurisprudence, has been recognized by *Harmony with Nature* and by a certain number of States which have adopted significant Earth-centred national legislation. One of the most well-known examples of the acknowledgement of rights of Nature is the 2008 Constitution of Ecuador. It is the first constitution in the world that recognizes legal subjectivity to Mother Earth. Such rights prescribe that *Pacha Mama* – Mother Earth – «has the right to integral respect for its existence and for the maintenance and regeneration of its life cycles, structure, functions and evolutionary processes»²⁵. Another example is the Bolivian constitution. It has been greatly inspired by the Andean philosophy and thought, and it vouches for a shift in the consideration of Nature as having moral personhood²⁶. The constitution is the representation of the ongoing dialogue with Indigenous communities, a dialogue that recover their ancient cosmovisions and their capacity to understand other species not as objects, but as subjects of law²⁷.

Many more examples of Earth-centred law can be draft from national legislations worldwide²⁸. If we keep considering the South American continent, by 2019 Colombia had recognized legal subjectivity to Nature in several decrees, which entailed legal recognition to, *inter alia*, the Atrato river, the Amazon, the Pance River, the Otún River, the Katsa Su (the territory of the Awá people), the Quindío River and the Isla de Salamanca national park²⁹. The government of Colombia was also sued in a lawsuit filed by 25 young plaintiffs who claimed that deforestation in the Amazon and the increase of the average temperature in the country jeopardize their rights to a healthy environment, life, health, food, and water. The Supreme Court approved the plaintiffs' petition and ordered the Presidency and the Ministries of Environment and Agriculture to create an «intergenerational pact for the life of the Colombian Amazon»³⁰.

²² UN Harmony with Nature official website, at <http://www.harmonywithNatureun.org/> (accessed November 2020).

²³ See also: UN *Harmony with Nature Knowledge Network Experts*, at <http://www.harmonywithNatureun.org/experts/> (accessed November 2020).

²⁴ UN *Harmony with Nature Knowledge Network Experts*, cit.

²⁵ *Constitution of Ecuador* 2008, art. 71.

²⁶ Ecuadorean Indigenous groups had an important lobbying role during the draft negotiations. See also: JAMESON 2010.

²⁷ MARTÍNEZ, ACOSTA 2011.

²⁸ To date, countries with established laws that protect Nature's rights, or in the process of adopting such legislation, are growing numerous: Argentina, Australia, Bangladesh, Belize, Belgium, Bolivia (Plurinational State of), Brazil, Canada, Colombia, Chile, Costa Rica, Denmark, Ecuador, El Salvador, France, Guatemala, Hungary, India, Ireland, Italy, Mexico, Netherlands, New Zealand, Nigeria, Philippines, Portugal, Romania, Spain, South Africa, Sweden, Switzerland, Uganda, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, United States of America and Holy See. See also: UN General Assembly, Seventy-fifth session Item 18 (g) of the provisional agenda, *Sustainable Development Harmony with Nature Report of the Secretary-General*, A/75/266.

²⁹ UN General Assembly, *Sustainable Development Harmony with Nature Report of the Secretary-General*, cit.

³⁰ *Future Generations v. Ministry of the Environment and Others (Demanda Generaciones Futuras v. Minambiente)* 2018. Available at <http://climatecasechart.com/non-us-case/future-generation-v-ministry-environment-others/>

Other recent examples can be drawn from a wide variety of countries, inter alia in the European area. For instance in Spain, the municipality of Los Alcázares, Murcia, approved a legislative initiative to grant rights to Mar Menor, the largest saltwater lagoon in Europe, and its basin, and to recognize the ecosystem as a subject of rights³¹. In Sweden, in October 2019, a motion was presented by the Green Party to the Parliament to amend the Constitution and include the rights of Nature³².

This non-anthropocentric approach to the law has been further backed by the recent study *Towards an EU Charter of the Fundamental Rights of Nature* commissioned by the European Economic and Social Committee³³. The study argues for the promotion of rights of Nature starting from an assessment of the failure of anthropocentric environmental law, questioning in particular the effectiveness of European environmental law³⁴. It further identifies three “eco-legal” breaking points, which entail three different dimensions of emergency to be urgently attended (eco-system, climate, economic/energy)³⁵. The report further provides crucial legal reasoning for the adoption of a *EU Charter of Rights to Nature*, which «will signal a paradigm shift from the current neo-classical economic model to a new holistic model, according to which Nature is a subject of rights and is protected and respected for its intrinsic (non-economic) value as synonymous with the source of life, as all life on Earth derives from Nature»³⁶. It further delves into other considerations such as the potential grounds for the bindingness of the Charter, its necessary contents and structure.

Another relevant example comes from the US. In Orange County, Florida, on the election day (3 November 2020), voters have approved a *rights to Nature initiative*, becoming the largest municipality in the US to adopt such a law. The measure, also known as the *Right to Clean Water Initiative*, is the first in Florida to recognize the rights of Nature and empowers any resident to invoke the rights of waterways and the right to clean water³⁷.

UN *Harmony with Nature* has contributed, throughout the past ten years, in monitoring, sharing and representing within the international community the views of those who preach the need for a substantial change from a business-as-usual conceptualization and application of the law to a new system where Mother Earth is central. Law and critical legal thinking can be considered as an important step in the direction of effectively recognize legal subjectivity to Nature and to move away from anthropocentric understandings of the environment. In order to create an international community of practitioners where such ideas, theories and developments can be shared, UN *Harmony with Nature* hosted its first Interactive Dialogue back in 2011³⁸.

(accessed November 2020).

³¹ Ayuntamiento de los Alcázares website, El pleno de Los Alcázares aprueba la solicitud de la iniciativa legislativa para dotar de personalidad jurídica al Mar Menor, 24 July 2020, available at <https://www.losalcazares.es/noticias/v1/785-el-pleno-de-los-alcazares-aprueba-la-solicitud-de-la-iniciativa-legislativa-para-dotar-de-personalidad-juridica-al-mar-menor> (accessed November 2020).

³² See also: *Rights of Nature Sweden* at <http://www.Naturensrattigheter.se/in-english/> (accessed November 2020).

³³ The European Economic and Social Committee (EESC) – Sustainable Development Observatory – *Towards an EU Charter of the Fundamental Rights of Nature*, 13 December 2019, available at <https://www.eesc.europa.eu/en/our-work/publications-other-work/publications/towards-eu-charter-fundamental-rights-nature#downloads> (last access November 2020).

³⁴ The European Economic and Social Committee, cit., 14-24.

³⁵ The European Economic and Social Committee, cit., 56.

³⁶ The European Economic and Social Committee, cit., 69.

³⁷ Center for Democratic and Environmental Rights, Press Release: Orange County, FL, Voters Overwhelmingly Approve ‘Rights of Nature’ Initiative, 3 November 2020, at <https://www.centerforenvironmentalrights.org/news/press-release-huge-win-florida-rightsofnature> (last access November 2020).

³⁸ Interactive Dialogues of the General Assembly on Harmony with Nature, at <http://www.harmonywithNatureun.org/dialogues/> (accessed November 2020).

This study fully demonstrates that Rights to Nature are being largely considered not only by those countries in which non-westernized cultures confer a non-anthropocentric dimension to the law, but also in countries where the approach to environmental law has been essentially bound to traditional, non-Earth-centred values.

4. *The Interactive Dialogues: rationale and outcomes*

The Dialogues are the UN *Harmony with Nature's* platform in which high representatives from governments and experts in different fields of Earth-centred law, sustainable development, science and economics share their experiences, lessons learned and institutional responses to various environmental problems such as climate change and biodiversity loss. Their objective is to foster the practical application of the principle of Earth Jurisprudence and Nature-centred law in international and national contexts.

The first dialogue (2011) featured the participation of experts such as Vandana Shiva³⁹ and Cormac Cullinan⁴⁰. The dialogue proposed possible ways of understanding how humans can better reconnect to the world around them. The dialogue produced two main outcomes: the promotion of conducts that would foster a holistic approach to sustainable development in harmony with Nature; and a summary of national experiences on the measurement of sustainable development in harmony with Nature⁴¹.

In Dialogues two and three (2012 and 2013) the debate focused on scientific and economic aspects with the participation of experts in science and economics. The Dialogues featured a wide selection of perspectives on scientific findings on the impacts of human activities on the functioning of the Earth System. Ecological economics, in contrast to neoliberal economics, set a path towards life in harmony with Nature, insofar as they attach great significance to a healthy society, integrated with the natural world, and with intergenerational equality as a crucial cross-cutting issue⁴².

The fourth Dialogue (2014), which took place in a critical moment of the definition of a post-2015 development agenda, started with the examination of appropriate strategies to operationalize Harmony with Nature approaches at the global, national and local levels for living in harmony with Nature. The Dialogue enumerated the policies, legal and institutional frameworks which must be put in place at the local, regional and international level for successful operationalization of non-anthropocentric approaches⁴³. The following dialogue (2015) focused on the need to start thinking and designing a world where human and natural interests are balanced by greater respect for the Earth and decommodification of Nature⁴⁴.

³⁹ Author of numerous books on ecology, biodiversity and bioethics among which: *Biopiracy: The Plunder of Nature & Knowledge*, Natraj Publishers, 2011; *Soil Not Oil*, South End Press, 2008; *Monocultures of the Mind: Biodiversity, Biotechnology and Agriculture*, Zed Press, 1993.

⁴⁰ Author of *Wild Law: A Manifesto for Earth Justice*, Siber Ink, South Africa, 2002.

⁴¹ First UN Dialogue on Harmony with Nature, at <http://www.harmonywithNatureun.org/dialogue/cacZ6JLiiIbed65IzCqocmFoeGDPBDJcgr6Vp+NPrRSSSeJ6usBGGS778fJFZ5t3obyj5NlBfk25PkwEFtvg==> (accessed November 2020).

⁴² Second and Third Dialogues on Harmony with Nature, at <http://www.harmonywithNatureun.org/dialogue/ZDmJ52CFrH9Bh8FLxT18iV7UEHauS9oEPTuVYB66G+jnWMyBl769I5utDCvCXAL9o3DuelhJ!V9g8BEElpZ!aA==> (accessed November 2020).

⁴³ Concept Note, *Interactive Dialogue of the General Assembly on Harmony with Nature to Commemorate International Mother Earth Day United Nations Headquarters*, Tuesday 22 April 2014, at <http://files.harmonywithNatureun.org/uploads/upload22.pdf> (accessed November 2020).

⁴⁴ Fifth Interactive Dialogue of the General Assembly on Harmony with Nature, at <http://www.harmonywithNatureun.org/dialogue/oHN63FHHfAuSOlhIu!BM5kY77GNdGomH5uusgcCYgEGKAiDCglfGZdIxoPZ87Kf+X5Nl6+KgyNlkxORz+t4mZQ==> (accessed November 2020).

The sixth Dialogue (2016) was the first to be held in a virtual format, as established in UN General Assembly's seventh resolution on Harmony with Nature: «in order to inspire citizens and societies to reconsider how they interact with the natural world in order to implement the Sustainable Development Goals in harmony with Nature»⁴⁵. The Virtual Dialogue examined the key characteristics of the Earth-centred paradigm and provided specific recommendations and proposals to the United Nations and other institutions on how to conform governance policies and sustainable development patterns consistent with this paradigm⁴⁶. After the Dialogue, an Experts' summary was drafted on Earth Jurisprudence as a holistic system of governance. The report outlined challenges and opportunities for applying Earth Jurisprudence, including the need for applying such principles in the Sustainable agenda for 2030⁴⁷.

In the seventh Dialogue (2017), international experts addressed Earth jurisprudence from the following eight disciplines: Earth-centred law; ecological economics; education; holistic science; the humanities; philosophy and ethics; the arts, media, design and architecture; and theology and spirituality⁴⁸. The following eighth Dialogue (2018) focused on the implementation of sustainable production and consumption patterns in Harmony with Nature. The panellists addressed key issues in a series of recommendations, in particular that «States and non-state stakeholders should develop, support, and implement various programs to educate the general public about Earth Jurisprudence and Ecological Economics», and that «States and inter-governmental organizations should recognize in domestic and international law the right to a healthy environment as a justiciable human right. Following the Inter-American Court on Human Rights [...]»⁴⁹.

The ninth Dialogue (2019) was created under the title *Mother Earth approach in the implementation of Education and Climate Change*. In the previous UN General Assembly resolution on Harmony with Nature, Member States were invited to promote a balanced integration of the economic, social and environmental dimensions of sustainable development through Harmony with Nature. It further calls to discuss the contributions of Harmony with Nature on taking urgent action to combat climate change and its impacts and to inspire citizens and societies to reconsider how they interact with the natural world in the context of sustainable development, poverty eradication and climate justice⁵⁰.

Unfortunately, the tenth Dialogue, that should have taken place this year, was cancelled due to the Covid-19 pandemic. The 2020 Dialogue would have focused on the crucial role of biodiversity in preserving life on Earth, underlying how the unprecedented loss of biodiversity and the sixth mass extinction⁵¹ are «a benchmark of humanity's failure to understand that we are an inextricable part of Nature»⁵².

⁴⁵ UN General Assembly, Seventieth session Second Committee Agenda item 20 (g) *Sustainable development: Harmony with Nature*, 9 December 2015, A/C.2/70/L.70.

⁴⁶ Concept Note of the Virtual Dialogue on Harmony with Nature to Commemorate International Mother Earth Day Theme: Earth Jurisprudence 22 April – 22 June 2016, at <http://files.harmonywithNatureun.org/uploads/upload502.pdf> (access November 2020).

⁴⁷ UN General Assembly, Seventy-first session Item 19 (h) of the provisional agenda: Sustainable development: Harmony with Nature, Harmony with Nature Note by the Secretary-General, A/71/266.

⁴⁸ Concept Note, Interactive Dialogue of the General Assembly on *Harmony with Nature* in Commemoration of International Mother Earth Day Theme: Earth Jurisprudence United Nations Headquarter New York, 21 April 2017, Trusteeship Council, at <http://files.harmonywithNatureun.org/uploads/upload498.pdf> (access November 2020).

⁴⁹ Eighth Interactive Dialogue of the General Assembly on *Harmony with Nature*. In commemoration of International Mother Earth Day Theme: Earth Jurisprudence in the Implementation of Sustainable Production and Consumption Patterns in *Harmony with Nature: Summary*, at <http://files.harmonywithNatureun.org/uploads/upload726.pdf> (accessed November 2020).

⁵⁰ UN General Assembly, Seventy-third session Agenda item 20 (h) Resolution adopted by the General Assembly on 20 December 2018, A/RES/73/235.

⁵¹ CEBALLOS et al. 2015.

⁵² Interactive Dialogue of the General Assembly on *Harmony with Nature* in Commemoration of International

5. Conclusion: towards the Earth Assembly

After ten years since the first resolution on *Harmony with Nature* many hopeful advances in Earth Jurisprudence have been carried on worldwide, as witnessed by the Dialogues throughout time. In the last report on *Harmony with Nature* the Secretary General evidences accomplishments made in the second half of 2019 and the first half of 2020 that further validate the possibility of a paradigm shift from a human-centred to an Earth-centred society in the implementation of the 2030 Agenda for Sustainable Development⁵³.

The report evidences the connection between the destruction of biodiversity and the ongoing Covid-19 pandemic. The virus, like other infectious diseases such as those that led to the influenza A (H1N1) pandemic of 2009, the Middle East respiratory syndrome epidemic of 2012 and the Ebola outbreak that hit West Africa in 2014, are related to environmental change and human influence⁵⁴. In fact, there has been growing recognition among scientists that ecosystem disruption, as well as land-use change and illegal wildlife trade and increased rate of wildlife-human contact, is linked to the increasing emergence of zoonotic disease⁵⁵. This increased emerging of pathogens such as the Covid-19 virus can also be attributed to climate change, habitat degradation. These circumstances can be associated to synergies between persisting intense poverty and a growing human population⁵⁶.

The report argues that, even though science constitutes an important means of understanding and responding to complex challenges such as the current pandemic, «modern science strives to be purely objective and strictly factual in its explanations and intentionally excludes the influence of social and cultural values»⁵⁷. In order to address the complexities of our times, it is necessary to advance the paradigmatic shift theorized by Earth Jurisprudence and therefore restore humanity's broken relationship with Mother Earth. Recovery from Covid-19 presents a crucial opportunity to rethink our current system in favour of an ecological shift in law and governance⁵⁸. The global pandemic has also constituted an occasion to collect evidence of the impacts of human behaviour on the environment, since a great number of countries worldwide has undergone extended periods of lockdown⁵⁹.

In light of the considerations expressed in the report, the challenges posed to humanity by the present situation should re-enforce and put in evidence the need for a paradigmatic shift towards an Earth centred type of governance. UN *Harmony with Nature* and its network will continue undertaking their advocacy and knowledge exchange initiatives, with the aim of contributing in raising the awareness of alternatives views to the current paradigm which understands Nature as a commodity and a material resource. The report envisions that «in commemorating the seventy-fifth anniversary of the United Nations in 2020, the General Assembly should consider the possibility of convening in the role of an Earth Assembly, in which the evolving non-anthropocentric or Earth-centred paradigm continues to unfold and finds a home in multilateralism»⁶⁰. This view was not taken into account in the commemorations by the General Assembly for this year. However, the Earth Assembly represents a goal, an overarching idea that subtends all actions, past, present and future, of UN Harmony

Mother Earth Day – United Nations Headquarter, New York, Wednesday 22 April 2020, ECOSOC Chamber Concept Note, at <http://files.harmonywithNatureun.org/uploads/upload905.pdf> (access November 2020).

⁵³ UN General Assembly, *Sustainable Development Harmony with Nature Report of the Secretary-General*, cit.

⁵⁴ UN General Assembly, *Sustainable Development Harmony with Nature Report of the Secretary-General*, cit., sec. 12.

⁵⁵ TERRAUBE, FERNANDEZ-LLAMAZARES 2020.

⁵⁶ SCHMELLER et al. 2020

⁵⁷ UN General Assembly, *Sustainable Development Harmony with Nature Report of the Secretary-General*, cit., sec. 16.

⁵⁸ See also, MCELWEE et al. 2020.

⁵⁹ BATES et al. 2020.

⁶⁰ UN General Assembly, *Sustainable Development Harmony with Nature Report of the Secretary-General*, cit., sec. 87.

with Nature. It represents the existence of a global awareness that the time has come to critically and drastically re-think and re-shape law and governance to overcome challenges caused by human disregard for Mother Earth.

References

- ABRAM D. 1996. *The Spell of the Sensuous Perception and Language in a More-Than-Human World*, Vintage Books.
- BATES A., PRIMACK R., MORAGA P., DUARTE C. 2020. COVID-19 Pandemic and Associated Lockdown as a “Global Human Confinement Experiment” to Investigate Biodiversity Conservation, in «Biological Conservation», 248, 2020.
- BENNETT J. 2010. *Vibrant Matter: A Political Ecology of Things*, Duke University Press.
- BERRY T. 1999. *The Great Work: Our Way into the Future*, Bell Tower.
- BERRY T. 2006. *Evening Thoughts: Reflecting on Earth as a Sacred Community*, Sierra Club Books.
- BURDON P. 2011. *Earth Rights: A Theory*, IUCN Academy of Environmental Law.
- CARDUCCI M., BAGNI S., LORUBBIO V., MUSARÒ E., MONTINI M., BARRECA A., DI FRANCESCO MAESA C., ITO M., SPINKS L., POWLESLAND P. 2019. *Towards an EU Charter of the Fundamental Rights of Nature*, The European Economic and Social Committee (EESC).
- CEBALLOS G., EHRLICH P., BARNOSKY A., GARCÍA A.P., PALMER T. 2015. *Accelerated Modern Human-Induced Species Losses: Entering the sixth mass extinction*, in «Science Advances», 1(5), 2015.
- CULLINAN C. 2011. *A History of Wild Law*, in BURDON P. (ed.), *Exploring Wild Law: The Philosophy of Earth Jurisprudence*, Wakefield Press.
- CULLINAN C. 2011. *Wild Law: A Manifesto for Earth Justice*, UIT Cambridge.
- DONOVAN J., ADAMS C. 2007. *The Feminist Care Tradition in Animal Ethics*, Columbia University Press.
- ECKERSLEY R. 1992. *Environmentalism and Political Theory: Toward an Ecocentric Approach*, UCL Press.
- GRAHAM N. 2011. *Landscape: Property, Environment and Law*, Routledge.
- JAMESON K. 2011. *The Indigenous Movement in Ecuador: The Struggle for a Plurinational State*, in «Latin American Perspectives», 38(1), 2011, 63 ff.
- LATOUR B. 1998. *To Modernize or to Ecologize: That is the question*, in BRAUN B., CASTREE N. (eds.), *Remaking Reality: Nature at the Millennium*, Routledge, 220 ff.
- MALONEY M., BURDON P. (eds.) 2014. *Wild Law: In Practice*, Routledge.
- MARTÍNEZ E.A., ACOSTA A. 2014. *La Naturaleza con Derechos: De la Filosofía a la Política*, Abya-Yala Press.
- MASON I. 2011. *One in All: Principles and Characteristics of Earth Jurisprudence*, in BURDON P. (ed.), *Exploring Wild Law: The Philosophy of Earth Jurisprudence*, Wakefield Press, 35 ff.
- MCELWEE P., TURNOUT E., CHIROLEU-ASSOULINE M., CLAPP J., ISENHOUR C., JACKSON T., KELEMEN E., MILLER D.C., RUSCH G., SPANGENBERG J.H., WALDRON A., BAUMGARTNER R.J., BLEYS B., HOWARD M.W., MUNGATANA E., NGO H., RING I., SANTOS R. 2020. *Ensuring a Post-COVID Economic Agenda Tackles Global Biodiversity Loss*, in «One Earth», 3(4), 2020, 448 ff.
- MORTON T. 2010. *The Ecological Thought*, Harvard University Press.
- PARROTTA J., RONALD L. 2011. *Traditional Forest-Related Knowledge: Sustaining Communities, Ecosystems and Biocultural Diversity*, Springer.
- PELLIZZON A. 2014. *Earth law, rights of nature and legal pluralism*, in MALONEY M., BURDON P. (eds.), *Wild Law: In Practice*, Routledge, 176 ff.

- PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS A. 2011. *Towards a Critical Environmental Law*, Routledge.
- PLUMWOOD V. 2009. *Nature in the Active Voice*, in «Australian Humanities Review», 46, 2009, 113 ff.
- SCHMELLER D., COURCHAMP F., KILLEEN G. 2020. *Biodiversity Loss, Emerging Pathogens and Human Health Risks*, in «Biodiversity Conservation», 29, 2020, 3095 ff.
- SWIMME B., BERRY T. 1992. *The Universe Story: From the Primordial Flaring Forth to the Ecozoic Era*, HarperCollins Publishers.
- TERRAUBE J., FERNÁNDEZ-LLAMAZARES A. 2020. *Strengthening Protected Areas to Halt Biodiversity Loss and Mitigate Pandemic Risks*, in «Current Opinion in Environmental Sustainability», 20, 2020, 1 ff.
- ZELLE A., WILSON G., ADAM R., GREENE H.F. 2020. *Earth Law: Emerging Ecocentric Law - A Guide for Practitioners*, Wolters Kluwer.

STUDI

LA RETORICA SUI DIRITTI DEI MINORI E LA RESPONSABILITÀ DEI “MAGGIORI”

FRANCESCO **BELVISI**



La retorica sui diritti dei minori e la responsabilità dei “maggiori”.
Per una teoria personalista dei diritti e dei doveri

The Rhetoric about the Rights of the Child and the Responsibility of the Adults.
A Personalist Theory of Rights and Duties

FRANCESCO BELVISI

Università di Modena e Reggio Emilia.
E-mail: francesco.belvisi@unimore.it

ABSTRACT

L'articolo pone in questione la consistenza *teorica* dei c.d. “diritti dei minori”, evitando di seguire la retorica pubblica usata nel trattare di tali diritti. Il suo manifesto è la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989, che si basa sulla concezione del bambino inteso come attore sociale autonomo. Rigettando questa concezione e partendo dalla condizione di vulnerabilità dei minori, il lavoro non tratta il problema secondo la prospettiva tradizionale della relazione logica diritti/doveri, ma pone in evidenza l'esistenza di una loro relazione indiretta, mediata dalla catena concettuale “valore-impegno-responsabilità-dovere”, che lega i minori e i “maggiori” intorno a loro.

This contribution calls into question the theoretical solidity of the so-called “rights of the children”, an approach which is claimed to be a piece of social rhetoric. The manifesto of this approach is the 1989 *UN Convention on the Rights of the Child*, which is shaped by the view of the child as an autonomous social actor. This view is radically rejected. The argument is shaped by the thesis that minors are in a condition of vulnerability. After rejecting the traditional logical relation between rights and duties, the argument emphasises the existence of an indirect relation between the two concepts, which are linked together through the conceptual chain “value-commitment-responsibility-duty”. This chain binds children, adults and the institutions around them.

KEYWORDS

bambino come attore sociale, diritti dei minori, doveri, responsabilità, vulnerabilità

child as a social actor, duties, responsibility, rights of the children, vulnerability

La retorica sui diritti dei minori e la responsabilità dei “maggiori”

FRANCESCO BELVISI

1. *Introduzione* – 2. *Minori: autonomia e vulnerabilità, diritti e doveri* – 3. *Diritti dei minori* – 4. *Teorie dei diritti* – 5. *Una concezione personalista dei diritti e dei doveri*.

1. *Introduzione*

Le considerazioni che seguono pongono in questione la consistenza *teorica* dei c.d. “diritti dei minori”. Esprimere opinioni controcorrente è difficile, poiché bisogna argomentare contro un presunto senso comune, spesso sopravvalutato: dissentire in queste condizioni è psicologicamente e argomentativamente molto oneroso. Ciò è vero, a maggior ragione, quando si tratta di mettere in dubbio delle idee, che appaiono di per sé evidenti e sembrano, perciò, godere di un unanime consenso, che si fonda – per di più – sulla “forza dell’empatia” (HUNT 2010): è il caso dei *rights of children*, dei diritti dei bambini-fanciulli-minori¹.

La riflessione che persegue fini euristici, com’è quella teorico-filosofica, non si dovrebbe fare influenzare dal senso comune che aleggia nel dibattito pubblico. Questo è tanto più vero per la discussione intorno ai diritti, e a maggior ragione nel caso in cui le discipline interessate siano la filosofia e la teoria del diritto. La nostra non è più *soltanto* l’“età dei diritti” (BOBBIO 1992), ma è anche l’età della *retorica* dei diritti (O’NEILL 1988, 459-60). Che si tratti di una retorica giustificata dal successo di cui godono i diritti come strumenti per affermare le aspettative di emancipazione (BELVISI 2013, 19-24), non toglie forza all’ammonimento metodologico: la riflessione teorica sui diritti non deve seguire le orme della retorica pubblica².

* Desidero ringraziare Luca Baccelli, Francesco Biondo, Giorgio Bongiovanni, Isabel Fanlo Cortés, Thomas Gutmann, Enrico Maestri, Valerio Pocar, Aldo Schiavello e Francesco Viola per aver letto e commentato versioni precedenti del lavoro.

¹ Il termine “*child*”, che si trova nell’intitolazione della *UN Convention on the Rights of the Child* del 1989, è difficile da tradurre e si riferisce per di più ad una classe eterogenea e problematica di soggetti, la cui età anagrafica in Italia va da 0 a 18 anni (v. anche art. 1 della Convenzione). Il problema semantico era sorto già in sede di redazione della *Convention*: v. CANTWELL 2011, 43-47. Nonostante ci siano buone ragioni per tradurre il termine con “bambini” o “fanciulli” (v. FANLO CORTÉS 2008, 38-41), per evitare il richiamo persuasivo ai sentimenti preferisco utilizzare il termine “minori” (v. POCAR, RONFANI 2004), che mi pare anche più opportuno: non mi sembra molto appropriato chiamare bambina o fanciulla una ragazza diciassettenne. Sul problema della traduzione del termine v. anche MAGGIONI 1997, 16-20. Certo, “minore” possiede un innegabile retrogusto svalutativo (v. FANLO CORTÉS 2008, 5-6), che però dovrebbe essere mitigato, se si pensa che esso è l’altro termine – logicamente corretto – dell’opposizione maggiore/minore, di cui effettivamente si tratta in questo contesto tematico. BARATTA (1999) utilizza il binomio “bambini e adolescenti”, preferendolo a “minori”. Nel sito della Commissione parlamentare per l’infanzia (https://www.camera.it/_bicamerali/leg14/infanzia/leggi/Legge%20176%20del%201991.htm) il titolo della *Convention* è stato reso in italiano con *convenzione Onu sui “diritti del fanciullo”*, mentre più meditata è la traduzione presente sul sito dell’UNICEF, che reca: “diritti dell’infanzia e dell’adolescenza”: v. https://www.unicef.it/Allegati/Convenzione_diritti_infanzia_1.pdf.

² È il caso di chiarire il significato che fornisco alla nozione di “retorica” in riferimento al contesto “ideale”: esso è quello – per così dire – tradizionale, per cui retorica è una strategia comunicativa per persuadere le persone sulla verità o bontà di una concezione, che si intende così giustificare e/o legittimare. Pertanto, ci può essere un uso conforme alla logica del “valore” in questione – ad es., i diritti –, oppure un uso ad essa difforme, che mira a nascondere la “vera natura” di ciò di cui si parla – ad es., di posizioni giuridiche che si intendono legittimare come diritti. Qui mi riferisco – per lo più – al secondo uso del termine, marxianamente “ideologico”.

2. Minori: autonomia e vulnerabilità, diritti e doveri

a) L'apice della retorica dei diritti è stato raggiunto con la elaborazione della *Convention on the Rights of the Child* dell'ONU³, che è stata in gran parte supportata dalla concezione del bambino inteso come *attore sociale* autonomo⁴. Tale concezione si allontana, innanzi tutto, dal paradigma evolutivo dell'infanzia, che la considerava come un periodo di socializzazione di individui in transizione verso la condizione di adulti maturi, educati a stare in società e ad agire responsabilmente. Piuttosto, il bambino/minore viene ora concepito già come individuo, come “essere umano competente”⁵ all'interno delle situazioni di vita che lo coinvolgono (in famiglia, nell'interazione con i coetanei, a scuola, eccetera), per cui – se di processo evolutivo/formativo si deve trattare – il minore è interessato da un processo di “individualizzazione”⁶, in cui egli non viene tanto formato socialmente dalle agenzie del “controllo sociale” (T. Parsons)⁷, quanto considerato come soggetto in “essere” (FANLO CORTÉS 2008, 30), autonomo e fornito di (tutti i) diritti⁸.

³ La Convenzione Onu è stata ratificata dall'Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176, ed è reperibile al sito della Commissione parlamentare dell'infanzia: http://www.camera.it/_bicamerale/infanzia/leggi/lr76.htm. La Convenzione è stata preceduta dalla Dichiarazione dei diritti del bambino, del 1924 e dalla Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 1959 (i tre documenti si trovano anche in Appendice a RONFANI 1995, 73-106), ed è stata seguita dalla Convenzione europea di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori (1996), ratificata con legge 20 marzo 2003, n. 77 (reperibile al sito: https://www.camera.it/_bicamerale/leg14/infanzia/leggi/legge%2077%20del%202003.htm). Per sciogliere i dubbi circa il carattere retorico della Convenzione, basterebbe porre la questione di annoverare i diritti che siano peculiari dei minori e non siano invece “diritti di tutti, adattati alle specifiche condizioni dei minori” e, perciò, già presenti nelle diverse dichiarazioni universali e convenzioni internazionali. Il problema è stato sollevato da FLOUD (1976, 319) con particolare riguardo al “diritto all'educazione” scolastica. Contro MACCORMICK (1982a, 163), che aveva asserito: “That every child has a right to be educated to the limits to his or her abilities seems to me clear”, Floud ha sostenuto che, tale diritto dovrebbe senz'altro essere riconosciuto ai minori, poiché è un diritto universale. Tuttavia, «una teoria sostanziale dei diritti dei minori dovrebbe propriamente concentrarsi a definire i loro specifici bisogni e interessi». Da un punto di vista teorico, la questione è dirompente per due motivi: 1) se i diritti umani sono universali, cioè riconosciuti a tutti, è ridondante la loro specificazione in una convenzione sui diritti dei minori; 2) se, invece, c'è bisogno della loro specificazione, allora si mette in questione il carattere universale dei diritti universali. In questa sede non intendo tanto condurre un'analisi critica dei contenuti della Convenzione del 1989, quanto ragionare circa l'opportunità di trattare di “diritti dei minori” in quanto categoria giuridica. FREEMAN (2011, 31) sostiene: «children have rights that adults do not have – additional rights». Questi sarebbero, in particolare, i diritti di protezione: v. artt. 3, 16, 19, 20, 22, 32, 34, 36, 38 Conv., i quali, però, cozzano contro l'immagine del minore inteso come individuo autonomo, condivisa dallo stesso autore.

⁴ V.: JAMES, JENKS, PROUT 1998, 6; BARALDI 1997, 501-508; FREEMAN 2011, 28-33; REYNAERT, DESMET, LEMBRECHTS, VANDENHOLE 2015, 3. Criticamente su questa concezione v.: KING 2004, 106-110; FANLO CORTÉS 2008, 30-33. Tale teoria, però, non è riuscita a scalfire l'atteggiamento tradizionale – ma direi anche: il buon senso – per cui i minori sono bisognosi di particolare tutela. Perciò la Convenzione è percorsa da una tensione irrisolta tra un atteggiamento paternalistico e una considerazione dell'autonomia dei minori. Si tratta di una mancata mediazione, o meglio *compensazione* delle due componenti a tutto vantaggio di quella paternalistica. Come prova si può addurre il fatto che «gli estensori del documento [...] non solo non hanno fatto partecipare alcun minore ai lavori preparatori, ma neppure si sono preoccupati di raccogliere e di ascoltare le opinioni dei bambini in merito alla formulazione di enunciati che pure li coinvolgono in modo così diretto e profondo»: RONFANI 1995, 25. La studiosa non manca di sottolineare il paradosso, per cui – così facendo – quegli stessi estensori hanno *violato per primi* «la libertà dei bambini di esprimere la propria opinione», che pure stavano statuendo (ivi). La questione da porre sarebbe: può una carta dei diritti conferirli in modo paternalistico?

⁵ REYNAERT, DESMET, LEMBRECHTS, VANDENHOLE 2015, 3; v. anche VERHELLEN 2015, 50-52. «Ma al di fuori delle comunicazioni autoreferenziali dei diritti dei bambini e della nuova sociologia dell'infanzia, vi sono pochi elementi per suggerire che la società giudichi i bambini capaci di assumere un ruolo attivo nella determinazione del cambiamento sociale»: KING 2004, 109.

⁶ BARALDI (1997, 504) al concetto di “individualizzazione” preferisce quello di “personalizzazione”. Qui opto per la prima nozione, poiché in Baraldi il concetto di “persona”, che sottostà a quello di “personalizzazione” è molto più legato al concetto di autonomia individuale che a quello di relazione sociale.

⁷ Per una riformulazione della nozione di “socializzazione”, che vede il bambino come parte integrante e attiva, v. MAGGIONI 1997, 25-26.

⁸ In queste teorie l'autonomia dei minori è assolutamente sopravvalutata. Almeno nelle teorie sociologiche co-

A fronte di una simile teoria, bisogna chiedersi quali modelli di società e di famiglia essa sottenda. Senza dubbio la teoria evolutiva era una teoria integrativa, poiché era collegata a fasi diverse di *educazione* e *socializzazione* del minore, che lo avrebbero condotto ad essere un adulto conformista. Al contrario, la più recente *teoria dell'attore sociale* sembra prospettare una società di individui "atomizzata". In quanto il suo retroterra culturale è costituito dalla visione liberale dell'individuo autonomo, essa tende verso una concezione conflittuale della società, dove gli individui competono nel perseguire i propri interessi tutelati da diritti⁹.

I diritti hanno una funzione emancipativa¹⁰ e sono «strumenti dell'autodeterminazione dell'individuo» (FACCHI 2008, 317), perciò ad essi è connaturato il conflitto e il mutamento sociale¹¹. La domanda conseguente dovrebbe essere: da chi *vogliono emanciparsi* i minori? Ovviamente dagli adulti, che hanno "desiderato" tenerli «in una continua ed imposta dipendenza» (FREEMAN 2008, 71). Naturalmente, però, visto il loro effettivo stato di debolezza (dipendenza, incapacità, vulnerabilità) i minori non sono in grado di emanciparsi da soli – magari crescendo¹² –, ma devono essere aiutati e "rappresentati". Ma non dai cattivi adulti assetati di potere che li hanno tenuti nella dipendenza, ma da quelli buoni, che conoscono sempre le esigenze ed i bisogni dei minori – magari meglio di loro stessi¹³. Come afferma Alessandra Facchi, «c'è qualcosa che non va in diritti costruiti, rivendicati, interpretati e fatti valere da altri soggetti rispetto ai loro titolari» (FACCHI 2008, 317).

A questo punto, allora, la questione più intrigante da porre, che risulta paradossale se pensiamo ai minori come veri soggetti di diritti, è: da chi vogliono gli adulti, i teorici dell'attore sociale autonomo, emancipare i minori? Forse dai loro genitori, o da coloro che comunque svolgono ruoli genitoriali e se ne prendono cura? Dal loro "potere oppressivo"? Chiediamoci ancora: qual

struttiviste (v., per tutti, BARALDI 1997, 501-503), essa si fonda su un errore epistemologico, poiché trasferisce indebitamente il senso *biologicamente* costitutivo dell' "autonomia biopsichica fondativa" di un organismo, che può essere anche completamente autoreferenziale, all'interno del senso *socialmente* costitutivo delle relazioni comunicative del bambino, che – per definizione – devono avere, invece, un referente esterno. Inoltre tale esternalizzazione deve avere un certo successo, cioè deve venire recepita dal terzo come fornita di un qualche *sensu*. Pur essendo consonante con questa concezione, BARALDI (1997, 504-507, 525-526) riconosce che tale autonomia deve essere "protetta e promossa". Per questo A. il concetto di "protezione" non costituisce un retaggio della visione tradizionale del minore, ma è il "valore negativo" logicamente implicato dal concetto di "autonomia": quello di dipendenza. Nella logica binaria della teoria comunicativa dei sistemi sociali, sostenuta da Baraldi, l'autonomia del minore va certamente promossa, ma poiché il minore può essere anche debole e dipendente, essa va anche protetta. Peraltro, questa dicotomia costituisce la base della concezione del minore presente nella Convenzione del 1989, che cerca «di conciliare la concezione paternalistica del bambino "debole" da proteggere [...] con quella del bambino "forte" cui rimanda, sul piano ideologico, la teoria dell'attore sociale»: FANLO CORTÉS 2008, 36. Teorico di questo approccio conciliante è FREEMAN: v., da ultimo, 2011, 30-33.

⁹ Per una ricostruzione critica della concezione liberal-individualista, v. WOLGAST 1991, 15-32.

¹⁰ V. BOBBIO 1992, XIII. Su ciò BELVISI 2013, 19-20.

¹¹ V. GUTMANN 2019, 230-231; RUGGIU 2008, 420-421.

¹² O'NEILL (1988) critica i teorici "liberazionisti", i quali concepiscono i bambini come un gruppo oppresso e sfruttato alla stregua delle donne, degli immigrati dalle colonie, delle minoranze religiose e razziali, degli operai. Mentre i membri di questi gruppi – ella afferma – si possono emancipare, rivendicando i propri diritti e lottando contro la discriminazione (v. 461), i minori si possono emancipare, crescendo (v. 463).

¹³ La posizione manichea di FREEMAN (2008) è intimamente paternalistica e contraddittoria. BARATTA (1999, 511) coglie bene il punto: «la lotta per i diritti dei bambini e degli adolescenti [...] non è stata una lotta propria, ma è sempre rimasta e rimane dipendente dal discorso e dall'attuazione degli adulti. Quest'anomalia può sembrare un paradosso se pensiamo che gli adulti sono quelli che esercitano il potere sui bambini ed ai quali è indirizzata la domanda di libertà, di integrità fisica e morale, e di rispetto per i loro diritti». Molto bene MAGGIONI (1997, 33) osserva a questo proposito: questi adulti «elaborano i desideri dei bambini stessi, li orientano e li incanalano in certe iniziative piuttosto che in altre [...] naturalmente, così facendo usano il loro potere e la loro autorità esattamente come hanno sempre fatto e continuano a fare tutti gli adulti, nel bene come nel male». Da questa critica di fondo non riescono a liberarsi neppure gli esponenti più recenti dei *Children's Rights Studies*: v., ad es., REYNAERT, DESMET, LEMBRECHTS, VANDENHOLE 2015, 2-4.

è il fine di questi progetti emancipativi? Forse prefigurare una società compiutamente conflittuale, e delle relazioni familiari fondate sul contraddittorio e sulla rivendicazione?

Secondo Elizabeth H. Wolgast, dalla concezione atomistica della società si passa «naturalmente al concetto di diritti individuali», ma «lo schema dei diritti risulta [...] talvolta inadeguato agli usi che ne facciamo; può bloccarci in una posizione senza senso [...] e portare a rimedi grotteschi» (WOLGAST 1991, 33). Uno degli esempi, che la femminista americana porta, è quello dei diritti dei bambini¹⁴, che conducono a concepire la famiglia “ideale”, invece che come “mondo della vita” (J. Habermas) in cui vige l’affetto, la fiducia e la solidarietà, come una società di liberi ed eguali, strutturata sulla base di rapporti contrattuali e rivendicativi (v.: WOLGAST 1991, 41; VIOLANTE 2014, XIII). Così il bambino, invece che richiedere cure ed attenzioni (MACCORMICK 1982a, 154, 159: «nurture, care and possibly love»), dovrebbe essere in grado di rivendicare dai genitori, ad esempio, il suo diritto di giocare (invece che ottemperare al dovere di fare prima i compiti), di avere un certo capo di abbigliamento o l’ultimo modello di cellulare (magari senza impegnarsi anche ad obbedire ai genitori), di stare fino a tardi in discoteca (senza preoccuparsi che qualcuno dovrà andare a prenderla/lo), eccetera¹⁵. Ma il punto, che coinvolge anche la questione della loro presunta “autonomia”, non è che i minori sappiano esprimere volontà e desideri, impuntarsi e fare capricci, ma che siano consapevoli che quelle richieste/pretese corrispondano – per richiamare Neil MacCormick – a loro interessi o «beni che dovrebbero essere garantiti» (MACCORMICK 1982b, 145), poiché la loro giovane età li rende – almeno *prima facie* – «incompetent to reach clear-sighted determinations» (KRAMER 1998, 63). Credo che Onora O’Neill sia nel giusto, quando afferma: «Ci sono buone ragioni per pensare che il paternalismo possa costituire molto di ciò che è eticamente richiesto quando si ha a che fare con i minori»¹⁶.

Un altro dei difetti degli esponenti dei *Children’s Rights Studies* è che le loro teorie sono assolutamente sbilanciate sul versante dei diritti e non prendono minimamente in considerazione i doveri dei minori¹⁷. Un autore esemplare per la radicalità con cui fa propria questa concezione e la amplia in senso politico-democratico è Alessandro Baratta: i bambini e gli adolescenti dovrebbero essere «parte come soggetti attivi [della] “relazione sociale e politica di autonomia e autogoverno”», poiché «l’interesse superiore dei bambini e i loro diritti [...] presuppongono necessa-

¹⁴ Con lo sguardo rivolto alla giurisdizione dei tribunali minorili, FERRARESE (1990, 63) esprime una concezione analoga a quella di Wolgast: esiste «un problema di “incongruenza” [...] tra forme classificatorie di cui dispone il diritto e modalità di intervento richieste dal “mondo vitale” dei minori». V. anche KING 2004, 75-79.

¹⁵ I lettori più benevoli mi scuseranno se l’argomentazione è scaduta a questo livello, ma nel dibattito sui diritti bisogna confrontarsi anche con questo tipo di retorica, il cui manifesto può essere considerato MACCORMICK 1982a. Le situazioni, naturalmente, possono essere molto più serie di quelle esemplificate: si pensi alle questioni relative alla libertà religiosa e di coscienza, o agli stili di vita, oppure alla decisione di interrompere una gravidanza, al consenso per le cure mediche, o alla determinazione di porre fine ad una vita gravata da insostenibili sofferenze.

¹⁶ O’NEILL 1988, 463. Consonante è GALEOTTI (2008, 52), che in riferimento ai minori afferma: «proprio il riconoscimento della potenzialità e non attualità delle capacità giustifica che il rispetto comporti tutele paternalistiche, graduate secondo l’età». M. FREEMAN (2008, 75-76) critica il modello di infanzia “tradizionale” prospettato da O’Neill. Comunque, per quanto il paternalismo possa configurare una modalità adeguata dei rapporti genitori/figli, adulti/minori, tuttavia esso configura un problema rilevante per gli estensori della Convenzione, poiché essi tengono un atteggiamento contraddittorio e paternalista nello stesso momento in cui concepiscono dei diritti per i minori, dei quali sostengono anche l’autonomia. La saggezza popolare ha da tempo risolto problemi analoghi rispetto a rapporti conflittuali tra capre e cavoli, botti e mogli. Sul paternalismo v. due visioni contrapposte: MANIACI 2012; SUNSTEIN 2014. Prendono posizione su quest’ultima concezione, FATEH-MOGHADAM, GUTMANN 2014, proponendone dei limiti legali e morali (in part. 393-395).

¹⁷ Peraltro, neppure la Convenzione menziona i doveri dei minori e all’art. 29, c. 1, d) afferma che «l’educazione del fanciullo deve avere come finalità [quella di] preparare il fanciullo ad assumere le responsabilità della vita». Qui non si tratta affatto di richiamare la questione della correlatività (necessaria, logica, epistemologica) di diritti e doveri e della loro alterna primazia. Piuttosto e molto più semplicemente, si tratta di porre in rilievo il binomio “empirico” dell’alternanza di diritti e doveri. Richiama giustamente la questione della “responsabilità” dei minorenni CORSALE 1997, 337-338.

riamente la loro partecipazione democratica nell'ambito sociale e in quello politico (BARATTA 1999, 504 e 506). Di conseguenza, il bambino, anche piccolo, «ha una cittadinanza piena», che, però, viene modulata secondo la «dovuta considerazione della sua differenza rispetto agli adulti», per cui le differenze di partecipazione alla cittadinanza «sono compensate, a favore del bambino, dal sistema dei diritti che deriva dalla Convenzione e dalla centralità che il bambino acquista [all'interno] dello Stato sociale e democratico di diritto» (BARATTA 1999, 517).

In tutto ciò il bambino gode di tutti i diritti civili, sociali, processuali e politici, anche se graduati a seconda del suo sviluppo fisico e mentale, ma non sembra essere soggetto né a doveri (ad esempio, di rispettare le regole), né a responsabilità (per le proprie azioni compiute *in autonomia*), di cui non c'è traccia nell'argomentazione del filosofo italiano. La questione, invece, è presente in Claudio Baraldi, che è sociologo simpatetico¹⁸ rispetto alla questione dell'autonomia e della cittadinanza dei bambini. Egli coglie esattamente la questione, anche se in via indiretta, cioè sul versante penalistico:

«l'ampliamento dei diritti significa soltanto incremento delle ragioni del minore, mentre la questione dell'incremento dei torti viene tralasciata, salvo riemergere traumaticamente quando, in certi ordinamenti giuridici, un minore viene condannato all'ergastolo, o addirittura a morte. La difficoltà è data dall'emergere della persona deviante, che mina la retorica dei diritti del bambino» (BARALDI 1997, 520).

b) Nel lessico giuridico “diritto soggettivo” e “dovere” hanno eguale legittimazione e servono a designare posizioni giuridiche distinte e – spesso – reciproche. Vale la pena che la riflessione teorica si interessi delle *condizioni d'uso* di entrambe le nozioni. Di conseguenza, possono essere posti in secondo piano sia l'intento di acclarare se ad ogni diritto corrisponda un dovere e viceversa (questione, questa che prende spesso spunto dalle analisi sintattiche di Wesley H. HOHFELD 1969), sia lo sforzo di stabilire una primazia onto-logica tra diritti e doveri (questione, questa, logicamente irrisolvibile e determinata più dalla temperie ideo-logica, che guida il reperimento e l'orientamento degli argomenti, che non da una vera ricerca storico/genea-logica)¹⁹.

Nell'ambito delle posizioni giuridiche che interessano la tutela dei minori, piuttosto che la relazione dicotomica diritti/doveri, qui si cercherà di porre in evidenza l'esistenza di una loro *relazione indiretta*, che è mediata dalla catena concettuale “valore-impegno-responsabilità-dovere”. Tale relazione comporta una conseguenza teoricamente rilevante: mentre nell'argomentazione che tratta dei “diritti dei bambini” secondo i canoni della cultura giuridica di *civil law* è facilmente possibile trattare del tema mettendo da parte il riferimento ai *moral rights* e all'argomentazione morale/moralistica²⁰, il piano morale è invece inevitabile quando si intenda trattare di responsabilità nei confronti dei minori²¹ e di “farsi carico” (CRUZ 2005) della loro condizione di bisogno e cura.

¹⁸ Simpatetico, ma in modo critico: «La cittadinanza dei bambini può essere intesa come una strategia di sostituzione dell'iniziazione [alla vita adulta], ovvero di compensazione dei problemi educativi attraverso la logica dell'emancipazione e dei diritti»: BARALDI 1997, 521.

¹⁹ Questi aspetti controversi possono essere aggirati adottando una prospettiva non logico-essenzialista, ma funzionalista: le norme che riconoscono diritti soggettivi stabilizzano *aspettative normative complementari* di comportamento: v.: LUHMANN 1990, 301-304; LUHMANN 1993, 72-74. Il carattere complementare dell'aspettativa – per cui A si aspetta da B una certa prestazione e B assume questa stessa aspettativa di A e la soddisfa (v. LUHMANN 1990, 301) – mossa dall'interesse e orientata a ruoli (v. LUHMANN 1993, 79) – evita quella cogenza della reciprocità tra diritto e dovere richiesta da un rapporto basato sulla giustizia, che veniva espresso, ad es., nella nozione di “*ius*”: v. LUHMANN 1993, 50-51, 68-69 e 72-73.

²⁰ V., ad es., MACCORMICK 1982a, 154: «I feel no unease in saying that [children] do have rights».

²¹ Questo tipo di responsabilità opera secondo una logica diversa da quella della responsabilità giuridica, legata al principio di imputazione delle conseguenze dell'agire di un soggetto e rivolta al passato: su ciò v. FODDAI 2005. La responsabilità nei confronti delle persone, invece, si riferisce a ciò che si *deve fare* per il loro benessere, per cui è orientata al futuro: v. JONAS 2003, 174-175. La “responsabilità di ruolo” analizzata da HART (1981, 242) prevede che

Per la loro – *oggettiva* – condizione di minorità, infanti, fanciulli e adolescenti sono *per lo più* ritenuti “soggetti vulnerabili”²² o – per utilizzare un’espressione “ontologicamente” più accorta – soggetti in condizione di “vulnerabilità”²³. Di questa condizione ha preso atto il diritto internazionale con la Convenzione ONU del 1989: «il fanciullo, a causa della sua mancanza di maturità fisica e intellettuale necessita di una protezione e di cure particolari»²⁴. La domanda principale – e retorica al tempo stesso –, allora, è: un soggetto vulnerabile è per ciò stesso un soggetto titolare (*esercente*) di diritti? La vulnerabilità è condizione sufficiente per la titolarità di diritti?

3. Diritti dei minori

In primo luogo, è necessario chiarire di quali “diritti” e di quali “minori” si deve trattare. È ovvio, “naturale”, che i neonati, gli infanti e i fanciulli siano titolari di certi diritti: la specie umana, la società e lo Stato hanno un interesse specifico per la propria “riproduzione” e quindi ad allevare e curare le nuove generazioni²⁵. Altrettanto avviene per molte persone che ritengono essere un valore avere e crescere dei figli. Nell’epoca dei diritti, la generalizzazione di questi *interessi* “naturalisti”, socialmente condivisi e, quindi, ragionevoli, proietta molto facilmente il “nutrire, curare e possibilmente amare” la prole (MacCormick) nel lessico dei “diritti morali” dei bambini. “Naturalmente” non è questo l’ambito in cui i diritti dei minori fanno problema²⁶. In quanto esseri umani, prima che soggetti forniti di *capacità giuridica*, essi hanno senza dubbio alcuni diritti, in particolare il diritto alla vita e quelli indisponibili (come la libertà) e possono essere titolari “passivi” di diritti, che non possono esercitare in prima persona. Ma il nucleo della questione intorno ai diritti dei minori non è se essi possano essere titolari di diritti, ma se essi possano *esercitare* questi diritti *in proprio*. A tal fine – da un punto di vista giuridico – devono possedere la capacità di agire, cioè essere – eccetto casi particolari – maggiorenni.

La riflessione teorica deve iniziare *ex arches*, e quindi dal sintagma “diritti dei minori”: esso, infatti, è intimamente contraddittorio, per nulla “clear”. Il punto è stato espresso molto bene da

una persona sia disposta «a prendere seriamente i propri doveri, a pensare ad essi e a fare seri sforzi per adempierli». Questi doveri possono essere di natura sia morale, sia giuridica.

²² Le voci contrarie sono espresse, ad es., dai rappresentanti dei “*Children’s Rights Studies*”, i quali ritengono che impostare il discorso sulla vulnerabilità dei minori significhi considerarli come “soggetti bisognosi di protezione”. Di conseguenza, «in termini di diritti dei minori il focus si concentra sui diritti di protezione dei minori» e non su quelli di autonomia: REYNAERT, DESMET, LEMBRECHTS, VANDENHOLE 2015, 3. Il D. lgs. 4 marzo 2014, n. 24 “Attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime”, all’art. 1., dichiara “vulnerabili” persone quali «i minori, i minori non accompagnati, gli anziani, i disabili, le donne, in particolare se in stato di gravidanza, i genitori singoli con figli minori, le persone con disturbi psichici, le persone che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica, sessuale o di genere».

²³ Per un approfondimento del concetto v. GIOLO, PASTORE 2018. Sull’origine di questa condizione discriminante v. ZANETTI (2019) in cui sostanzialmente si mostra – senza una tematizzazione adeguata – che la sua origine dipende, per lo più, dal pregiudizio collegato alla percezione (v. ad es. 22). Per O’NEILL (1988, 457-458) gli strumenti per tutelare al meglio gli esseri vulnerabili e sviluppare le loro capacità non sono i diritti, ma le “obbligazioni imperfette”, che devono essere istituzionalmente previste, ma che devono essere perfezionate da prestazioni supererogatorie, cioè da un *surplus* di affetto, disponibilità alla cura e all’ascolto. Nel caso in cui gli adulti che si occupano istituzionalmente della cura e protezione dei minori (assistenti sociali, infermieri, medici, ecc.) operassero senza l’attenzione “emozionale” adeguata al caso concreto, si realizzerebbe quel fenomeno che HABERMAS (1987, 61-62 e 68-75), ha chiamato «colonizzazione del mondo della vita». Per contro, se le istituzioni di *welfare* operassero con l’empatia richiesta dalla situazione, si verificherebbe quella che TEUBNER (1984, 101-102) ha definito “ipersocializzazione del diritto”. Questo fenomeno ha contribuito alla “crisi regolativa” del diritto.

²⁴ Preambolo, proposizione 9, Convenzione sui diritti del fanciullo.

²⁵ Nei confronti di società e Stato può sorgere la domanda se i bambini possano essere considerati come “bene pubblico”: v. OLSARETTI 2013.

²⁶ Tuttavia, proprio su questi diritti MACCORMICK (1982a) costruisce «a test-case for theories of right».

Massimo Corsale: se

«il concetto di “diritto” (soggettivo) [...] implica comunque un interesse socialmente riconosciuto e protetto in capo a un soggetto, ma anche la capacità di valutarne la portata e di calcolare l’opportunità (convenienza) di farlo eventualmente valere [il] concetto di “minore” [...] invece implica intrinseca debolezza, incapacità strutturale di gestire se stesso senza protezione, guida e assistenza da parte di un adulto» (CORSALE 1997, 335).

Per chi – come me – non condivide la concezione del “*child as an autonomous agent*” la questione è cruciale e non viene colta solo se si è irretiti dalla retorica dei diritti. L’ossimoro costitutivo della locuzione “diritti dei minori” rischia di sprigionare una forza semanticamente dirompente, in grado di concludere sul nascere il tema dei “*children’s rights*”. La questione, però, può essere aggirata e depotenziata, “distinguendo”.

Quella di “minori” è una categoria troppo generica ed eterogenea, che – sia per il diritto italiano, sia per l’articolo 1 della Convenzione del 1989 – comprende individui da 0 a 18 anni. Il diritto, però, opera necessariamente attraverso distinzioni, anche se talvolta prevede pure concetti, che *sfumano* le contrapposizioni (tipica è la figura dell’amministratore di sostegno: v. ZANETTI 2009). Una distinzione rilevante in questo contesto è quella della maggiore/minore età: per il diritto chi è maggiorenne ha capacità di agire e può esercitare ed azionare i propri diritti, chi è minore lo può fare solo attraverso i propri legali rappresentanti. A questo binomio è correlata la differenza tra capacità giuridica, posseduta da tutti gli individui, e capacità di agire, posseduta – di norma – dai maggiorenni. Rispetto a quest’ultima capacità la *sfumatura* è rappresentata dalla “capacità di agire speciale”, per cui, ad esempio, i minorenni di sedici anni si possono sposare e gli ultraquattordicenni possono essere penalmente imputabili. Pertanto, salvo queste eccezioni, giuridicamente non esistono diritti *dei* “minori”, né diritti loro peculiari, cioè diritti che nessun’altra classe di individui possiede. L’affermazione alquanto perentoria non è smentita dal fatto che per certi diritti, che – oltre a quelli di protezione – sarebbero “specifici” dei minori, si parli di “nuovi” diritti (diritti di partecipazione: FANLO CORTÉS 2008, 186-193). Essi sono ritenuti essere adeguati rispetto al soggetto interessato, cioè, al minore, che viene concepito dalla Convenzione del 1989 come soggetto vulnerabile e bisognoso di particolari garanzie.

Nella concezione “standard” dei diritti, le tutele sono costituite proprio dai diritti medesimi. Di solito i lavoratori hanno il diritto di lavorare non più di 8 ore giornaliere e ciò li tutela dallo sfruttamento. Il proprietario di un bene è tutelato dal diritto di proprietà, per cui non può essere spogliato illegalmente del suo bene. Ma nel caso dei minori, più che di diritti posti in capo a loro, si tratta – in realtà – di *doveri* imposti agli Stati, alle istituzioni o ai genitori e legali rappresentanti dei minori, oppure di veri e propri poteri ad essi conferiti. Due esempi eclatanti riguardano gli articoli 12 e 14 della Convenzione. L’articolo 12, prevede il diritto di partecipazione del minore: il comma 1 gli riconosce di «esprimere liberamente la propria opinione su ogni questione che lo interessa», ma con la notevole restrizione, per cui essa deve essere presa «*in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità*»; il comma 2, invece, ne prevede la «possibilità di essere ascoltato in ogni procedura che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante», ma sulla base di una seria limitazione, poiché tale possibilità può realizzarsi solo «in maniera compatibile con le regole di procedura», per cui sarà l’autorità giudiziaria a stabilire sia la “capacità di discernimento” (maturità) del minore, sia l’opportunità della sua audizione, sia la valutazione dell’«interesse superiore del fanciullo» (art. 3 Conv.)²⁷.

²⁷ Per una efficace sintesi sulla semantica dell’“interesse del minore” v. LENTI 2010. Sul carattere problematico di questa nozione v. RONFANI 1997. Tale carattere è sintetizzato da BARALDI (1997, 519): le sentenze orientate “all’interesse del bambino” osservano «il “bene” individuale del bambino come dipendente da un “bene” sociale: l’interesse della famiglia [...] che garantisce l’interesse del minore». Pertanto, non mi sembra molto plausibile rite-

Per quanto riguarda l'articolo 14, invece, il comma 1 prevede il diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione del minore, ma il comma 2 impone agli Stati di rispettare «il diritto e il dovere dei genitori oppure, se del caso, dei tutori legali, di *guidare* il fanciullo nell'esercizio del summenzionato diritto in maniera che corrisponda allo sviluppo delle sue capacità». Non si può certo negare che entrambe le disposizioni esemplifichino chiari casi di paternalismo e non di vera e propria titolarità, né tanto meno di esercizio di diritti.

Pertanto, bisogna constatare come non sia sufficiente che un testo sia intitolato ai diritti ed utilizzi il termine “diritti”, perché sia *preso seriamente* in considerazione come un documento che tratta di “diritti”. L'analisi teorica, se intende superare il piano della retorica testuale e cogliere il significato del concetto, non si può fermare ai vocaboli usati, ma deve guardare alla loro *semantica*. In sintesi: i titolari di diritti, le cui modalità di esercizio sono sottoposte alla valutazione – quanto meno discrezionale, se non addirittura arbitraria – di terzi individuali (ad es., i genitori) o istituzionali (ad es., i giudici), propriamente non hanno diritti garantiti, ma posizioni giuridiche (graziosamente) concesse. Qui non si tratta del fatto che, in ultima istanza, è la discrezionalità giudiziale a decidere sui diritti – cosa questa connaturata all'attività del giudice –, ma del fatto che, per quanto riguarda i c.d. “diritti dei minori”, la discrezionalità non è *semplicemente* un elemento della giurisdizione, ma è un elemento paternalistico *normativamente* previsto attraverso il richiamo, ad esempio, della valutazione «del suo grado di maturità» e/o del suo “superiore interesse”, oppure dello «sviluppo delle sue capacità» da parte dei terzi, in particolare dei giudici²⁸.

Quindi, non esistono diritti dei minori nello stesso senso in cui esistono, invece, diritti fondamentali costituzionalmente garantiti. Allo stesso tempo, però, l'urgenza dei casi della vita ci costringe a trattare di quelle situazioni – spesso drammatiche – che vedono coinvolti i minori e che possono essere *ragionevolmente* trattate nei termini dei diritti, quando quei minori dimostrino un certo grado di “discernimento” e “maturità” (art. 12 Conv.), ovvero siano *grands enfants*²⁹. Pertanto, ritengo condivisibile l'ipotesi evolutiva, secondo cui i “diritti” dei minori crescono gradualmente con il loro sviluppo³⁰.

4. Teorie dei diritti

Prima di trattare di diritti “riconosciuti e garantiti”³¹ in capo ad un soggetto (diritti soggettivi, diritti fondamentali e diritti umani), è logico esplicitare, se non proprio una compiuta teoria dei diritti, almeno un abbozzo di una loro concezione.

Le principali teorie sui diritti sono: la *will* o *choice theory*, la teoria della volontà o della scelta

nera – anche se con una certa cautela – che l'art. 12 Conv. «sembra però attribuire al minore un vero e proprio diritto di autodeterminazione»: RONFANI 2001, 79. Da ultimo v. LAMARQUE 2016.

²⁸ Sul conseguente “paternalismo giudiziario” v. RONFANI 1995, 56-62.

²⁹ Per questa nozione e il carattere problematico della “capacità di discernimento” ad essa collegata, v. FANLO CORTÉS 2008, 39-44. Le “esperienze vissute” possono incidere considerevolmente sulla “maturità” dei minori interessati e sull'acquisizione di una corrispondente “capacità di discernimento”. Se vogliamo “prendere sul serio” i diritti anche *per i grands enfants* ci dobbiamo rivolgere non tanto alla Convenzione dell'1989, ma ai diritti fondamentali, che hanno una valenza generale e sono previsti (e garantiti) dalle costituzioni nazionali. Inoltre – per quanto riguarda la nostra cultura e prassi giuridiche – bisogna sperare che si affermi la dottrina costituzionalistica, per cui l'esercizio dei diritti di libertà non è soggetto alla restrizione della capacità di agire: v. FANLO CORTÉS 2008, 203-206. In Germania, almeno in certi contesti – ad es., in quello del consenso fornito dai minori per le cure mediche – questa concezione è generalmente condivisa: v. SCHUMANN 2018, 73.

³⁰ WELLMAN (1984, 441) esprime questa ipotesi in versione morale: solo acquisendo gradualmente differenti capacità di agire in senso morale, cioè responsabilmente, i minori sono in grado di possedere dei diritti.

³¹ Diversamente dalle teorie “idealiste” dei diritti (fondamentali), per le quali i diritti esistono anche se non hanno vigore e, quindi, sono meri *laws in book* (v., per tutti, FERRAJOLI 2001, 10-11 e 26-33), propugno una concezione realistica – o meglio: costituzionalistica – dei diritti, per cui l'aspetto effettuale (*laws in action*) è loro elemento costitutivo.

(H. Hart) e la *interest* o *benefit theory*, la teoria dell'interesse o del beneficio (N. MacCormick, J. Raz)³². In estrema sintesi, la teoria della volontà intende il diritto soggettivo come potere della volontà, mentre la teoria dell'interesse lo intende come interesse protetto. Nella loro versione più elaborata, entrambe mirano a fornire giustificazioni dei diritti (la volontà/scelta individuale, o l'interesse/bene individuale). La giustificazione della *interest theory*, però, è più comprensiva, poiché è innegabile che tra gli *interessi* individuali possa rientrare l'*affermazione* della propria volontà. Molto opportunamente, Bruno Celano ha posto in evidenza come «le due teorie siano, in ultima istanza, motivate da ragioni di ordine ideologico» (CELANO 2001, 40).

A mio sommo avviso, però, la teoria dell'interesse è anche ambigua e reticente. Per quanto l'affermazione della volontà rientri tra gli interessi individuali, tuttavia, questa teoria non potrebbe tacere della questione relativa al soggetto che esprime la *volontà* di un certo interesse³³. Infatti, per questa teoria i diritti giustificano interessi che sono *ritenuti* meritevoli di riconoscimento e di garanzie giuridici. Il soggetto che compie questa valutazione può essere senz'altro l'individuo titolare del diritto, ma spesso sarà il “legislatore”, che legalizzerà il diritto oppure il giudice che – come ultima istanza – lo applicherà: si tratta, come si vede, di due soggetti pubblici. Pertanto, solo in un primo momento la teoria dell'interesse riesce ad occultare – e con un certo successo – il carattere arbitrario e contingente di una volontà che stabilisce “oggettivamente” l'interesse in questione³⁴.

Inoltre, secondo Giorgio Pino, la funzione giustificatrice di questa teoria «per l'attribuzione di un diritto consiste nell'assicurare una forma di protezione e di garanzia ad un interesse del titolare» che costituisce un aspetto del suo benessere (PINO 2013, 241). È evidente, però, che il “valore”, cioè il grado di merito di questo interesse è stabilito non tanto dal soggetto titolare del diritto, ma – in primo luogo – dal legislatore, il quale “suppone” che l'interesse protetto sia un “bene” per l'individuo o per una classe di individui³⁵, e – in secondo luogo – dal giudice.

Per essere una teoria liberale, l'esito della teoria degli interessi non è molto felice. Infatti: 1) sia il tipo degli interessi giuridicamente tutelati, sia il loro “significato” sono stabiliti – in ultima istanza – da legislatore e giudici, quindi istituzionalmente, e non dall'individuo titolare del diritto; 2) la teoria è surrettiziamente volontarista, poiché rinvia pur sempre ad una volontà, per di più e per lo più estranea all'individuo immediatamente interessato: il minore; 3) infine, il legislatore decide (“advance”) ciò che è bene per gli individui: si tratta – tutto sommato – di una teoria paternalistica. È chiaro, che una simile teoria dei diritti non è adeguata come teoria dei diritti universali, o fondamentali, come si pretende che siano i diritti dei minori.

5. Una concezione personalista dei diritti e dei doveri

A mio avviso, all'interno della teoria dei diritti non si può sfuggire dal considerare la *volontà*, che assume un ruolo centrale, sia nella determinazione della scelta, sia in quella dell'interesse³⁶. Per-

³² V.: CELANO 2001; FANLO CORTÉS 2008, 80-86; PINO 2013, 240-243.

³³ Il limite volontaristico della *interest theory*, il suo “characteristic failing” è ammesso anche da MACCORMICK (1982a, 160), in quanto essa «collega la spiegazione della nozione di “avere dei diritti” solamente a categorie riferite al volere [want-regarding] come bisogni, interessi e desideri”.

³⁴ Si tratta di un problema risalente, con cui si è dovuta confrontare per la prima volta la *Giurisprudenza degli interessi* di Philipp Heck: v. BELVISI 2010, 110-116.

³⁵ V. MACCORMICK 1982a, 161: «when a right to T is conferred by law [which] is envisaged as advancing the interest [...] on the supposition that T is a good»; IDEM 1982, 143: «When positive laws establish rights, for example expressly by legislation, [they] secure individuals [...] in the enjoyment of some good or other [...] Rights [are] goods which are in some way normatively secured to individuals».

³⁶ FACCHI (2008, 323) molto opportunamente evidenzia che «mentre l'interesse è l'elemento necessario del diritto, la volontà del titolare nell'esercizio di quell'interesse ne è l'elemento caratterizzante». Il dibattito, il confronto e la

tanto, la concezione, che mi accingo ad esporre, è senz'altro legata ad una nozione “volontarista” dei diritti. Inoltre, essa ha una natura propriamente *giuridica* e costituzionalista, è improntata al *personalismo* laico ed è radicalmente *rivendicativa*.

In primo luogo, questa concezione si riferisce a diritti “giuridici”³⁷, che non solo configurano pretese (“valide”: FEINBERG 1996, 115-116), ma hanno la loro genesi in atti di rivendicazione (*claiming*) di pretese, che inizialmente non sono riconosciute (“pretese non valide”: FEINBERG 1996, 116-118), ma che si sono affermate socialmente. I diritti traggono la loro origine da pretese che esprimono il bisogno, il desiderio, l'esigenza, ma soprattutto l'*interesse* o la *volontà* di migliorare le condizioni di vita di chi le manifesta³⁸. Joel Feinberg deve essere integrato da Norberto Bobbio (v. BACCELLI 2008, 348-351). Quello che non risalta leggendo il filosofo statunitense è che le pretese che costituiscono diritti (in particolare fondamentali) sono pretese “valide” non tanto e non solo perché supportate da “titoli giuridici”, ma soprattutto perché la rivendicazione *originaria* ha avuto successo e si è affermata socialmente³⁹. In questo modo l'enfasi che sia la teoria della volontà, sia quella degli interessi pongono sulla legislazione viene molto ridimensionata, poiché l'ordinamento giuridico-costituzionale si limita a “riconoscere” e recepire diritti (fondamentali) che esulano dalla sua disponibilità. In questo modo anche il pericolo del paternalismo, che incombe su quelle teorie, viene tenuto sotto controllo, poiché è sempre presente un riferimento – almeno indiretto – all'autodeterminazione individuale, in forza della quale la rivendicazione è stata compiuta.

In secondo luogo, i titolari dei diritti sono *persone*⁴⁰, cioè esseri umani inseriti nel contesto sociale e in reti di relazioni, all'interno dei quali (contesto e relazioni) le persone li possono legittimamente esercitare. Le conseguenti implicazioni sono, che

1) propriamente, i diritti esistono in capo ad una persona, se “vigono”, cioè se sono “riconosciuti e garantiti” dall'ordinamento giuridico-costituzionale (art. 2 Cost.), e il loro titolare è in grado di rivendicarli (facendoli valere, oppure può decidere di rinunciarvi);

2) da un punto di vista giuridico, le persone esercenti i diritti e le pretese corrispondenti devono possedere la capacità di agire, che si possiede al raggiungimento della maggiore età, oppure con il possesso della “capacità di discernimento”: presuntivamente, esse sono persone *autonome*, almeno nel senso di essere in grado di manifestare delle pretese valide. Ma sono anche persone calate in un contesto sociale, per cui – a fianco dei diritti – esse hanno delle responsabilità nei

contaminazione delle due posizioni ha condotto alla formulazione di una “teoria dinamica dei diritti”. I suoi rappresentanti, che provengono dalle fila sia della *choice theory*, sia della *interest theory*, li concepiscono come *reasons*, come motivi di giustificazione e genesi di posizioni giuridiche altrui: per tutti v. RAZ 1984. Per quanto riconosca l'originalità di questa teoria, ritengo che essa non possa avere rilevanza nel campo dei diritti dei minori “as they are”, poiché la loro formulazione subisce restrizioni tali da non poter costituire una manifesta “ragione” di giustificazione di posizioni giuridiche altrui.

³⁷ Non sono interessato alla distinzione tra i c.d. “diritti morali” e i *diritti* (giuridici): su essa v. sinteticamente, VIOLA 2017, 95. A mio avviso, i diritti o sono diritti in senso giuridico, oppure non sono “diritti”. Rispetto al codice binario “diritto/non diritto”, i diritti “moral” stanno sul lato del valore negativo, sono “non diritto” (Luhmann). In questo modo, però, non intendo sostenere l'insignificanza di ciò che in letteratura viene definito “moral rights”, poiché essi – rappresentando delle istanze di emancipazione da una condizione sociale, che si vuole migliorare, e venendo manifestati da pretese che vogliono essere soddisfatte – possono costituire il fondamento morale e politico delle pretese stesse: v. FEINBERG 1996, 117 e 118-119. In questo senso, come significato di “diritto morale” accolgo quelli di “diritto ideale” e “diritto di coscienza” proposti da questo autore (FEINBERG 1996, 149-150). Per una ricostruzione più ampia del significato e delle conseguenze della distinzione, v. FANLO CORTÉS 2008, 58-68. Una volta, però, che il diritto sia stato riconosciuto e venga garantito, cioè positivizzato e magari costituzionalizzato, la sua origine morale può anche restare esclusa dall'interesse dell'indagine.

³⁸ Analogamente GUTMANN (2019, 230): «Quello di manifestare pretese è il meccanismo principale, per trasformare esperienze individuali e collettive – soprattutto di discriminazione e di mancanza di libertà – nella genesi di norme» (v. anche 231).

³⁹ LUHMANN (1977, 114) esprime un concetto analogo, sostenendo che le norme sono aspettative normative generalizzate dal punto di vista tematico, da quello temporale e da quello sociale (consenso).

⁴⁰ RODOTÀ 2007; RODOTÀ 2012, cap. V; VIOLA 2000, 120-126. Riassuntivamente, v. CANALE 2015, 23-29.

confronti delle altre persone con cui sono in relazione. Il grado minimale è comparabile al contenuto dell'imperativo kantiano, per cui la mia libertà – che si esplica nell'esercizio dei diritti – deve essere compatibile con la libertà degli altri, cioè con l'esercizio dei loro diritti;

3) esistono delle persone che sono solo formalmente titolari di diritti, le cui pretese vengono esercitate da tutori o rappresentanti giuridicamente riconosciuti, che sono – pertanto – gli effettivi esercenti dei diritti vigenti e li praticano in favore dei loro rappresentati sulla base di un rapporto di fiducia e *responsabilità*⁴¹. Finché tali persone sono in questa condizione di minorità, i loro diritti «devono essere garantiti trasformando[li] in doveri di qualcuno» (FLOUD 1976, 322)^{42 43}.

Nell'età della retorica dei diritti parlare di diritti è *appealing* e si deve essere pronti a conferire diritti a tutto e a tutti⁴⁴. Da un punto di vista teorico, però, questo atteggiamento compulsivo può essere evitato. «I diritti si fondano su determinati presupposti – autonomia e rivendicazione – dunque non sono adatti a tutelare gli interessi e i bisogni di soggetti che non hanno, o non hanno in specifici momenti queste caratteristiche»⁴⁵.

Per MacCormick esiste una differenza significativa tra l'affermare che i genitori, o altri soggetti, hanno il dovere di assistere, nutrire e possibilmente amare il loro bambino, e l'affermare che ogni bambino ha un diritto ad essere assistito, nutrito e amato. Attraverso il richiamo ai diritti il benessere dei bambini sarebbe configurabile come fine in sé, mentre i doveri di cura potrebbero essere motivati strumentalmente, cioè come «un mezzo adeguato per il raggiungimento di un fine ulteriore» (v. MACCORMICK 1982a, 159). Si tratta di una spiegazione ammaliante, a cui – però – possiamo “mettere un po' di sale sulla coda”, argomentando in un modo diverso: sul piano delle tutele – piano che sta a cuore anche a MacCormick – la prima affermazione, relativa al dovere di terzi, esprime un obbligo generale riferito a tutti coloro che sono in relazione con minori, imputandone implicitamente la responsabilità, mentre la seconda, concernente i diritti, annulla il contesto della relazione e disloca su un piano generico e indistinto la questione della responsabilità.

Per quanto concerne le tutele che possono essere fornite alle persone, la riflessione teorica deve rilevare che esiste un equivalente funzionale dei diritti costituito dalla responsabilità (morale). Passando dai diritti alla responsabilità si verifica non solo uno *shift* sul piano pratico dal diritto alla morale, ma anche uno spostamento dei valori dalla libertà individuale al ben/essere del prossimo: qui il minore. Certo, se si trattasse dei *suoi* diritti, la retorica avrebbe gioco facile a dire che con il loro esercizio rivendicativo il titolare diviene “orgoglioso” della posizione eretta che può assumere e che gli permette di “guardare negli occhi” chi gli sta di fronte e di sfidarlo⁴⁶.

⁴¹ Per questo concetto v.: BAYERTZ 1995, 3-71; JONAS 2003, 172-221; VIOLA 2000, 126-130; WEISCHEDEL 2015. Nel linguaggio costituzionale la responsabilità configura “un dovere di solidarietà” (art. 2).

⁴² Con riferimento a MACCORMICK (1982a), in senso analogo GRECO (2014, 139) chiede: «che significato può avere, ad es., l'affermazione che i bambini hanno un diritto ad essere nutriti, assistiti e persino amati, se non che tutto ciò è loro *dovuto*?». L'A. rinvia a L. Milazzo, *La teoria dei diritti di Francisco de Vitoria* (2012).

⁴³ Esiste una quarta implicazione: persone sono solo *esseri umani nati*. Non la enuncio nel testo, poiché è particolarmente controversa, visto che esistono autori sia che sostengono le ragioni dei diritti di soggetti non nati, sia i “diritti degli animali”. Affrontare questi temi esorbiterebbe di gran lunga lo spazio concesso a questo contributo. Inoltre, essi non sono immediatamente rilevanti per la questione trattata, poiché i minori, cioè bambini, fanciulli, adolescenti e ragazzi sono comunque esseri umani nati.

⁴⁴ MAGGIONI (1997, 30, n. 15) si chiede: «Era indispensabile che la tematica puerocentrica, da tempo già presente, dovesse riformularsi nel linguaggio dei diritti? Certamente no, ma questo tipo di riformulazione, in generale ascisa, ha finito per coinvolgere anche i bambini per analogia con altri “gruppi oppressi”, come i poveri, gli indigeni, le donne, i pazienti psichiatrici, i carcerati, ecc.».

⁴⁵ Così sintetizza FACCHI (2008, 328) l'argomento di WOLGAST (1991, 35, 41-42).

⁴⁶ Cfr. FEINBERG 1970, 252, e – con una prosa più asciutta – 1996, 104. Però si potrebbe fare anche un'altra considerazione: esercitare il potere sugli altri, che i diritti ci forniscono, può suscitare in noi un certo orgoglio, che ci permette di guardare gli altri non solo negli occhi, ma anche dall'alto in basso. Non vorrei che l'altra faccia della medaglia dell'orgoglio e della “dignità” derivante dalla «capacità di avanzare pretese» (FEINBERG 1970, 252), fosse quella del *disprezzo*. L'esercizio del diritto configura senz'altro una libertà per il suo titolare, ma può rappresentare anche un sacrificio eccessivo per il terzo: la questione è affrontata da LA TORRE 2000. Per una diversa concezione della di-

Ma se il risultato che si vuole ottenere è il “benessere” del minore (art. 3, c. 1 Conv.), probabilmente esso può essere meglio raggiunto da quelle relazioni – non di conflitto, ma – di affetto, cura e solidarietà, che vengono svolte a partire dall’assunzione di responsabilità dei suoi “maggiori”, che si *preoccupano* per lui⁴⁷. Nella relazione, l’altro, la persona oggetto delle attenzioni, non è una fastidiosa o pericolosa *controparte*, ma rappresenta un valore. Se il figlio è considerato un bene per i propri genitori, oppure il minore qualcosa di importante per la società (art. 30, c. 1 Cost.), allora genitori ed istituzioni si impegneranno per il suo benessere, il suo sviluppo e la sua educazione (Conv. artt. 3, 5, 6, 18 c. 1) e, quindi, se ne faranno carico e assumeranno questo loro impegno come un dovere⁴⁸, morale prima che giuridico.

Rispetto ai diritti, la prospettiva personalista è più ricca di relazioni di quella individualista. Quest’ultima, avendo a che fare con un soggetto astratto, colloca gli individui nella sola situazione in cui si contrappongono e confliggono. L’ottica personalista, invece, avendo a che fare con persone calate in situazioni concrete, coglie sia la prassi, cioè il modo in cui i diritti vengono rispettati e agiti, sia l’aspetto conflittuale, dove “la lotta per il diritto” (R. v. Jhering) è l’ultima *ratio*. Wolgast esprime una posizione simile quando afferma: «I diritti devono essere rispettati come regola generale, il che significa che essi devono esistere nella *prassi*, ovvero che essi devono essere ampiamente e concretamente rispettati». I diritti esistono «solo nel contesto di un’interazione sociale praticata dalla nostra comunità» (WOLGAST 2011, 39).

In questo contesto relazionale, è possibile concepire un rapporto diritto-dovere, che sia diverso da quello che chiama in causa immediatamente la *prestazione*, per cui il dibattito teorico si concentra sulla eventuale o necessaria correlatività e/o priorità del diritto soggettivo rispetto al dovere e *vice versa*. Secondo la concezione personalista, invece, la connessione diritto-dovere lascia emergere il fatto che la relazione in cui sono inserite le persone si costituisce sul valore della relazione stessa e sul rispetto reciproco per l’altro della relazione, che non è un soggetto astratto, ma il nostro prossimo: *Mitmensch* (K. Löwith). Per questo motivo la connessione tra diritto e dovere è mediata dalla catena concettuale valore-rispetto-impegno-responsabilità. In breve: la persona si conforma al diritto dell’altro, poiché giudica che l’altro e/o la relazione, che intrattiene con lui, sia di valore. Di conseguenza, l’atteggiamento coerente con questa valutazione richiede che la persona rispetti l’altro e il suo diritto, per cui si impegna a continuare la relazione e a osservare il suo diritto⁴⁹. Questo impegno concretizza la responsabilità con cui la persona adempie il suo dovere. In particolare, questa connessione può operare in tutte quelle situazioni che esulano da rapporti strettamente contrattuali, come possono essere i contesti che riguardano il “mondo della vita” dei minori, in cui i “maggiori”, gli adulti e le istituzioni, sono chiamati alla loro responsabilità.

gnità, non centrata sull’individuo, ma che è esito del riconoscimento sociale e istituzionale, v. BELVISI 2012, 173-176.

⁴⁷ Per JONAS (2003, 391) la preoccupazione per l’altro è un elemento costitutivo della responsabilità. La preoccupazione può sorgere, perché ci sentiamo *chiamati in causa*: «La responsabilità è una sorta di risposta. È preceduta da una domanda, una chiamata [...] L’essenza della responsabilità si determina sulla base dell’urgenza della chiamata; *solo chi ha diritto di chiamare può richiamarmi alla responsabilità*»: WEISCHEDEL 2015, 8. Il diritto di chiamare implica anche il diritto ad essere ascoltato: v. ZANETTI 2018.

⁴⁸ Per questa catena concettuale v. RAZ 2003, in part. cap. 4. La «responsabilità è la preoccupazione per un altro essere che viene riconosciuta come obbligo»: JONAS 2003, 391.

⁴⁹ Questo è un contesto in cui si realizza l’“aspettativa normativa complementare” di cui tratta Luhmann: v. qui. n. 19. Dal punto di vista costituzionale, questa costellazione concettuale si colloca all’interno del principio della solidarietà: v. VIOLANTE 2014, 67-72.

Riferimenti bibliografici

- BACCELLI L. 2008. "Ex parte populi". Per una teoria impura dei diritti, in «Ragion Pratica», 31, 2008, 337 ss.
- BARALDI C. 1997. *L'età dell'innocenza. Autonomia e cittadinanza dei bambini*, in MAGGIONI G., BARALDI C. (eds.), *Cittadinanza dei bambini e costruzione sociale dell'infanzia*, Quattro Venti, 501 ss.
- BARATTA A. 1999. *Infanzia e democrazia. Per una interpretazione dinamica della Convenzione internazionale sui diritti del bambino*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 29, 2, 1999, 495 ss.
- BAYERTZ K. 1995. *Kurze Geschichte der Herkunft der Verantwortung*, in ID. (ed.), *Verantwortung. Prinzip oder Problem?*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 3 ss.
- BELVISI F. 2010. *Dalla giurisprudenza dei concetti alla giurisprudenza degli interessi*, in AA. VV. *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo*, Giappichelli, 89 ss.
- BELVISI F. 2012. *Dignità umana: una ridefinizione in senso giuridico*, in «Ragion Pratica», 38, 2012, 161 ss.
- BELVISI F. 2013. *Domande intorno alla crisi dell'età dei diritti: un po' di realismo sui diritti umani*, in «Etica & Politica», 15, 2013, 10 ss. Disponibile in: http://www2.units.it/etica/2013_1/BELVISI.pdf (consultato il 23 novembre 2020).
- BOBBIO N. 1992. *L'età dei diritti*, Einaudi.
- CANALE D. 2015. *Persona*, in RICCIARDI M., ROSSETTI A., VELLUZZI V. (eds.), *Filosofia del diritto*, Carocci, 15 ss.
- CANTWELL N. 2011. *Are Children's Rights still Human?*, in INVERNIZZI A., WILLIAMS J. (eds.), *The Human Rights of Children. From Visions to Implementation*, Ashgate, 37 ss.
- CELANO B. 2001. *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea*, in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (eds.), *Analisi e diritto 2001*, Giappichelli, 19 ss.
- CORSALE M. 1997. *Elogio dell'incompletezza. Uno "Statuto dei diritti dei minori"?*, in MAGGIONI G., BARALDI C. (eds.), *Cittadinanza dei bambini e costruzione sociale dell'infanzia*, Quattro Venti, 335 ss.
- CRUZ M. 2005. *Farsi carico. A proposito di responsabilità e di identità personale*, Meltemi (ed. or. *Hacerse cargo*, Paidòs, 1999, trad. it. di U. Bedogni).
- FACCHI A. 2008. *Diritti fantasma? Considerazioni attuali sulla proliferazione dei soggetti*, in «Ragion Pratica», 31, 2008, 313 ss.
- FANLO CORTÉS I. 2008. *Bambini e diritti*, Giappichelli.
- FATEH-MOGHADAM B., GUTMANN TH. 2014. *Governing [through] Autonomy. The Moral and Legal Limits of "Soft Paternalism"*, in «Ethical Theory and Moral Practice», 17, 2014, 383 ss.
- FEINBERG, J. 1970. *The Nature and Value of Rights*, in «Journal of Value Inquiry», 4, 4, 1970, 243 ss.
- FEINBERG J. 1996. *Filosofia sociale*, il Saggiatore (ed. or. *Social Philosophy*, Prentice-Hall, trad. it. di L. Andreozzi).
- FERRAJOLI L. 2001. *Diritti fondamentali*, in VITALE E. (ed.), *Diritti fondamentali*, Laterza, 5 ss.
- FERRARESE M.R. 1990. *Giuridificazione e diritto minorile*, in «Politica del diritto», 21, 1, 1990, 59 ss.
- FLOUD J.E. 1976. *A Right to Education: A Test-Case for a Theory of Children's Rights*, in «ARSP», 62, 3, 1976, 319 ss.
- FODDAI M.A. 2005. *Sulle tracce della responsabilità*, Giappichelli.
- FREEMAN M. 2008. *Perché resta importante prendere sul serio i diritti dei bambini*, in BELOTTI V., RUGGIERO R. (eds.), *Vent'anni di infanzia. Retorica e diritti dei bambini dopo la Convenzione dell'Ottantanove*, Guerini e Associati, 69 ss.
- FREEMAN M. 2011. *The Value and Values of Children's Rights*, in INVERNIZZI A., WILLIAMS J. (eds.), *The Human Rights of Children. From Visions to Implementation*, Ashgate, 21 ss.

- GALEOTTI A.E. 2008. *Rispetto come riconoscimento. Alcune riflessioni politiche*, in CARTER I., GALEOTTI A.E., OTTONELLI V. (eds.), *Eguale rispetto*, Bruno Mondadori, 24 ss.
- GIOLO O., PASTORE B. (eds.). 2018. *Vulnerabilità*, Carocci.
- GRECO T. 2014. *La doppia forza dei diritti. Una riflessione sulle garanzie*, in «Metodo. International Studies in Phenomenology and Philosophy», 2014, 135 ss.
- GUTMANN TH. 2019. *Claiming rights, making history*, in BAYERTZ K., HOESCH M. (eds.), *Die Gestaltbarkeit der Geschichte*, Meiner, 223 ss.
- HABERMAS J. 1987. *Diritto come medium e come istituzione*, in «Politica del diritto», 18, 1, 1987, 61 ss. (ed. or. in *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd. 2, Suhrkamp, 1981, 530 ss., trad. it. di P. Rinaudo).
- HART H.L.A. 1981. *Responsabilità e pena*, Comunità (ed. or. *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Clarendon, 1968, trad. it. di M. Jori).
- HOHFELD W.H. 1969. *Concetti giuridici fondamentali*, Einaudi (ed. or. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in «Yale Law Journal», 26, 1917, 710 ss., trad. it. di M.G. Losano).
- HUNT L. 2010. *La forza dell'empatia. Una storia dei diritti umani*, Laterza (ed. or. *Inventing Human Rights*, Norton & Company, 2007, trad. it. di P. Marangon).
- JAMES A., JENKS C., PROUT A. 1998. *Teorizzare l'infanzia*, Donzelli, 2002 (ed. or. *Theorizing Childhood*, Polity Press, 1998, trad. it. di F. Farina).
- JONAS H. 2003. *Das Prinzip Verantwortung*, 2. Aufl., Suhrkamp.
- KING M. 2004. *I diritti dei bambini in un mondo incerto*, Donzelli.
- KRAMER M.H. 1998. *Rights without Trimmings*, in M.H. KRAMER, N.E. SIMMONDS, H. STEINER, *A Debate over Rights*, Clarendon, 7 ss.
- LAMARQUE E. 2016. *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Angeli.
- LA TORRE M. 2000. *Tolleranza*, in LA TORRE M., ZANETTI G. (eds.), *Seminari di filosofia del diritto*, Rubbettino, 151 ss.
- LENTI L. 2010. «Best interests of the child» o «best interests of children»?», in «La nuova giurisprudenza civile commentata», 26, 1, 2010, 157 ss.
- LUHMANN N. 1977. *Sociologia del diritto*, Laterza (ed. or. *Rechtssoziologie*, Rohwohlt, 1972, trad. it. di A. Febbrajo).
- LUHMANN N. 1990. *La differenziazione del diritto*, il Mulino (ed. or. *Ausdifferenzierung des Rechts*, Suhrkamp, 1981, trad. it. parz. di R. De Giorgi e M. Silbernagl).
- LUHMANN N. 1993. *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Suhrkamp.
- MACCORMICK N. 1982a. *Children's Rights: A Test-Case for Theories of Right*, in ID., *Legal Right and Social Democracy*, Clarendon, 154 ss.
- MACCORMICK N. 1982b. *Taking the "Rights Thesis" Seriously*, in ID., *Legal Right and Social Democracy*, Clarendon, 126 ss.
- MAGGIONI G. 1997. *Cittadinanza dei bambini e costruzione sociale dell'infanzia. Introduzione*, in MAGGIONI G., BARALDI C. (eds.), *Cittadinanza dei bambini e costruzione sociale dell'infanzia*, Quattro Venti, 1 ss.
- MANIACI G. 2012. *Contro il paternalismo giuridico*, Giappichelli.
- OLSARETTI S. 2013. *Children as Public Goods?*, in «Philosophy & Public Affairs», 41, 3, 2013, 226 ss.
- O'NEILL O. 1988. *Children's Rights and Children's Lives*, in «Ethics», 98, 3, 1988, 445 ss.

- PINO G. 2013. *Diritti soggettivi*, in PINO G., SCHIAVELLO A., VILLA V. (eds.), *Filosofia del diritto*, Giappichelli, 220 ss.
- POCAR V., RONFANI P. 2004. *Il giudice e i diritti dei minori*, Laterza.
- RAZ J. 1984. *Legal Rights*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 4, 1, 1984, 1 ss.
- RAZ J. 2003. *I valori fra attaccamento e rispetto*, a cura di F. BELVISI, Diabasis (ed. or. *Value, Respect and Attachment*, Cambridge University Press, 2001, trad. it. di M. Goldoni).
- REYNAERT D., DESMET E., LEMBRECHTS S., VANDENHOLE W. 2015. *Introduction. A Critical Approach to Children's Rights*, in IIDEM (eds.), *Routledge International Handbook of Children's Rights Studies*, Routledge, 1 ss.
- RODOTÀ S. 2007. *Dal soggetto alla persona*, Editoriale scientifica.
- RODOTÀ S. 2012, *Il diritto di avere diritti*, Laterza.
- RONFANI P. 1995. *I diritti del minore. Cultura giuridica e rappresentazioni sociali*, Guerini e Associati.
- RONFANI P. 1997. *L'interesse del minore nella cultura giuridica e nella pratica*, in MAGGIONI G., BARALDI C. (eds.), *Cittadinanza dei bambini e costruzione sociale dell'infanzia*, Quattro Venti, 253 ss.
- RONFANI P. 2001. *Dal bambino protetto al bambino partecipante. Alcune riflessioni sull'attuazione dei "nuovi" diritti dei minori*, in «Sociologia del diritto», 27, 1, 2001, 67 ss.
- RUGGIU D. 2008. *Difficoltà e aporie del conflittualismo contemporaneo*, in «Ragion Pratica», 31, 2008, 411 ss.
- SCHUMANN F. 2018. *Die Selbstbestimmung einwilligungsfähiger Minderjähriger in der medizinischen Behandlung*, in «Rechtswissenschaft», 9, 1, 2018, 67 ss.
- SUNSTEIN C.R. 2014. *Effetto nudge. La politica del paternalismo libertario*, Università Bocconi, 2015 (ed. or. *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*, Yale UP, 2014, trad. it. di G. Barile).
- TEUBNER G. 1984. *Il trilemma regolativo. A proposito della polemica sui modelli giuridici post-strumentali*, in «Politica del diritto», 18, 1, 1987, 85 ss. (ed. or. *Das regulatorische Trilemma*, in «Quaderni fiorentini: per la storia del pensiero giuridico moderno», 13, 1984, 109 ss., trad. it. di G. Vardaro).
- VERHELLEN E. 2015, *The Convention on the Rights of the Child*, in REYNAERT D., DESMET E., LEMBRECHTS S., VANDENHOLE W. (eds.), *Routledge International Handbook of Children's Rights Studies*, Routledge, 43 ss.
- VIOLA F. 2000. *Etica e metaetica dei diritti umani*, Laterza.
- VIOLA F. 2017. *I fini e i valori del diritto*, in PASTORE B., VIOLA F., ZACCARIA G., *Le ragioni del diritto*, 2. ed., il Mulino, 71 ss.
- VIOLANTE L. 2014. *Il dovere di avere doveri*, Einaudi.
- WEISCHEDEL W. 2015. *Il coraggio della responsabilità*, Castelvecchi (ed. or. *Der Mut zur Verantwortung*, Mittelbach, 1946, trad. it. di N. Zippel).
- WELLMAN C. 1984. *The Growth of Children's Rights*, in «ARSP», 70, 4, 1984, 441 ss.
- WOLGAST E.H. 1991. *La grammatica della giustizia*, Editori Riuniti (ed. or. *The Grammar of Justice*, Cornell University Press, 1987, trad. it. di S. Coyaud).
- WOLGAST E.H. 2011. *Un problema per i diritti*, in L. PANNARALE, I. PUPOLIZIO (eds.), *Lezioni sui diritti*, Pensa MultiMedia, 33 ss.
- ZANETTI, G. 2009. *Individui situati e trasformazioni del diritto*, in NERHOT P. (ed.), *L'identità plurale della filosofia del diritto*, ESI, 99 ss.
- ZANETTI G. 2018. *Il principio dell'ascolto*, in AMATO S., MANGIAMELI A.C., PALAZZANI L. (eds.), *Diritto e secolarizzazione. Studi in onore di Francesco D'Agostino*, Giappichelli, 535 ss.
- ZANETTI G. 2019. *Filosofia della vulnerabilità*, Carocci.

TECNOLOGIE DELL'INFORMAZIONE E DELLA COMUNICAZIONE E TUTELA DELLA SALUTE

LE SFIDE APERTE TRA PROTEZIONE,
CIRCOLAZIONE E RIUTILIZZO DEI DATI

CARLO **BOTRUGNO**



Tecnologie dell'informazione e della comunicazione e tutela della salute:
le sfide aperte tra protezione, circolazione e riutilizzo dei dati

Information and Communication Technologies for Health Care:
Exploring Current Issues between Data Protection, Circulation and Re-Use

CARLO BOTRUGNO

Assegnista di Ricerca presso Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Firenze; Coordinatore della Research Unit on Everyday Bioethics and Ethics of Science.
E-mail: carlo.botrugno@gmail.com

ABSTRACT

Obiettivo di questo lavoro è analizzare le sfide indotte dalla diffusione dei servizi sanitari mediati dalle tecnologie dell'informazione e della comunicazione prendendo come punto di riferimento il Regolamento europeo concernente la protezione e la libera circolazione dei dati personali nell'area dell'Unione. Inoltre, ci si sofferma sulle principali problematiche etiche e giuridiche sollevate dall'adozione dei servizi sanitari digitali per favorire il contenimento del contagio da CoViD-19.

This article aims at assessing the main challenges posed by the spread of healthcare services mediated by the information and communication technologies taking as a reference the EU Regulation on protection and free circulation of data concerning natural persons. In addition, the main ethical and legal issues raised by the introduction of digital healthcare services to face the CoViD-19 pandemic are identified and analysed.

KEYWORDS

Tecnologie dell'informazione e della comunicazione, dati sanitari, privacy e protezione dei dati personali, libera circolazione dei dati, sanità digitale

Information and communication technologies, health data, privacy and data protection, free circulation of personal data, digital healthcare

Tecnologie dell'informazione e della comunicazione e tutela della salute: le sfide aperte tra protezione, circolazione e riutilizzo dei dati

CARLO BOTRUGNO

1. *Introduzione* – 2. *Dalla sanità elettronica alla telemedicina: varianti terminologiche ed evoluzione del settore* – 3. *Il ruolo dei dati sanitari nella strategia europea di promozione delle TIC* – 4. *Tra protezione e circolazione: dalla privacy alla concezione dinamica della tutela dei dati personali* – 4.1. *Ambito di applicazione del RGPD e principi applicabili al trattamento* – 4.2. *Accountability e principio di precauzione: la nuova visione della protezione dei dati personali* – 4.3. *L'incidenza del RGPD sulle attività di erogazione dei servizi sanitari a distanza* – 5. *La disciplina nazionale tra adeguamento del Codice in materia di protezione dei dati personali e contributo del Garante* – 6. *La tempesta perfetta: la diffusione del CoViD-19 e la strategia (digitale) per il contenimento del contagio* – 7. *Conclusioni. Circolazione, riutilizzo e vulnerabilità: le sfide aperte nella protezione dei dati.*

1. *Introduzione*

L'entrata in vigore del nuovo Regolamento europeo per la protezione dei dati personali¹, meglio noto come *General Data Protection Regulation* (d'ora in avanti, RGPD o Regolamento) ha sancito la nascita di un nuovo impianto, pensato allo scopo di incrementare il livello di protezione fornito dalla normativa previgente, attuazione della Direttiva 95/46/CE², e quindi dare vita a uno *jus commune* europeo che garantisca maggiore uniformità e certezza in questa materia.

Negli ultimi vent'anni, invero, le esigenze di protezione della privacy individuale si sono moltiplicate, non solo a causa della progressiva diffusione di tecnologie e servizi che, in un modo o nell'altro, prevedono la raccolta di informazioni personali, ma anche in ragione di una loro crescente "aggressività" nei confronti di queste ultime. È lo stesso Regolamento a sottolineare che «la rapidità dell'evoluzione tecnologica e la globalizzazione comportano nuove sfide per la protezione dei dati sanitari»³, il che, peraltro, corrisponde alla «diffusa sensazione che i nostri dati personali siano costantemente a rischio» (COLAPIETRO 2018, 2)⁴. Invero, il clamore suscitato dal susseguirsi di violazioni della privacy, talvolta di tipo plurimo⁵ ha reso evidente che le informazioni personali possono diventare fonte di profitto per chi è in grado di accedervi, controllarle ed eventualmente elaborarle attraverso i più svariati procedimenti di *data-mining* e *influencing*, per lo più basati su funzioni algoritmiche.

Com'è facilmente intuibile, nel più ampio contesto della protezione dei dati personali, l'ambito sanitario è fra quelli che spiccano per importanza dal momento che nella pratica medica si scambia e si condivide una serie ragguardevole di informazioni personali che non solo permet-

¹ Regolamento 2016/679/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE.

² Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

³ Cfr. considerando n. 6 del RGPD.

⁴ Nello stesso senso PIZZETTI 2018, 108.

⁵ Tra i molti possibili esempi di violazione della privacy, si pensi allo scandalo suscitato dal caso *Cambridge Analytica*, società di consulenza britannica accusata di aver utilizzato procedimenti di elaborazione e *data-mining* per influenzare surrettiziamente le opinioni politiche degli utenti di Facebook in prossimità delle elezioni politiche statunitensi del 2016.

tono l'identificazione diretta dei pazienti ma altresì di accedere alle loro condizioni di salute. Questa condivisione e/o trasmissione può avvenire per il tramite di sistemi informatici complessi, oppure, più semplicemente, attraverso strumenti di comunicazione di uso comune come lo scambio di e-mail e di altri messaggi in forma scritta. Come noto, le informazioni riconducibili all'ambito della salute appartengono alla categoria dei cc.dd. dati sensibili – categorie di dati “particolari” nel RGPD –, insieme a ogni altra informazione da cui sia possibile evincere l'orientamento sessuale, l'origine razziale o etnica, le convinzioni religiose e filosofiche, le opinioni politiche, l'appartenenza sindacale degli individui. In questo contesto, non appare superfluo ricordare che un orientamento consolidato della Corte di Cassazione definisce evocativamente i dati sanitari come “sensibilissimi” o “supersensibili”⁶. Da ciò discende che gli stessi debbano essere oggetto di una “protezione rafforzata” dal momento che essi riguardano la parte più intima della persona nella sua corporeità e nelle sue convinzioni psicologiche più profonde.

D'altro canto, la diffusione delle nuove tecnologie in ambito sanitario fa sì che le violazioni dei dati personali possano divenire non solo macroscopiche in considerazione della portata degli interessi protetti – in un climax, diritto alla riservatezza, alla salute, all'integrità fisica, alla libertà e alla vita –, ma che le stesse possano anche assumere proporzioni abnormi, coinvolgendo contestualmente un elevato numero di individui.

Le esigenze di protezione della sfera individuale nell'ambito sanitario acquisiscono una portata specifica con riferimento all'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (d'ora in avanti TIC), le quali permettono di mettere in comunicazione pazienti e professionisti sanitari, o questi ultimi fra loro, in vista del raggiungimento di una serie di finalità che attengono alla diagnosi, prevenzione, monitoraggio, riabilitazione e trattamento di un numero sempre più vasto di patologie⁷. Peraltro, come si vedrà più ampiamente all'interno di questo lavoro, l'avvento della pandemia di CoViD-19 ha impresso un'accelerazione senza precedenti alla transizione digitale dei nostri sistemi sanitari, mostrando quanto la protezione dei dati personali sia il risultato di un bilanciamento complesso tra il godimento dei diritti fondamentali e le esigenze di tutela della salute individuale e collettiva.

Nel prosieguo, pertanto, ci si soffermerà sulle sfide indotte dalla diffusione dei servizi sanitari mediati dalle TIC, prendendo come punto di riferimento il nuovo impianto di protezione dei dati personali predisposto in sede comunitaria⁸. Dopo aver ripercorso brevemente l'evoluzione delle TIC in ambito sanitario (§ 2), ci si sofferma sinteticamente sul ruolo assunto dai dati sanitari all'interno della strategia europea di promozione delle TIC (§ 3). Successivamente, si analizzano gli elementi di maggiore novità introdotti dal RGPD (§ 4), soprattutto alla luce della loro incidenza sulle attività di erogazione dei servizi sanitari a distanza. A seguire, si fa il punto sulla disciplina nazionale, tra l'adeguamento del Codice in materia di protezione dei dati personali⁹ e il contributo apportato dal Garante della privacy al tema della protezione dei dati sanitari raccolti tramite le TIC (§ 5). Segue un'analisi delle principali problematiche etiche e giuridiche sollevate dall'adozione di servizi tecnologicamente mediati per favorire il contenimento della pandemia (§ 6). Infine, si propone una riflessione critica che analizza le sfide aperte a livello eti-

⁶ Cfr. Cass. Civ., Sez. VI, sentenza dell'11/01/2016, n. 222; Cass. Civ., Sez. I, sentenza del 07/10/2014, n. 21107; Cass. Civ., Sez. I, sentenza del 01/08/2013, n. 18443.

⁷ Organizzazione Mondiale della Sanità, *Report on the second global survey on e-health*, 2010, disponibile in: www.who.int/goe/publications/goe_telemedicine_2010.pdf (consultato il 24/08/2020).

⁸ Esula, pertanto, dalle finalità di questo lavoro l'analisi relativa al trattamento dei dati sanitari in ambiti ulteriori rispetto a quelli ascrivibili alla tutela della salute (e.g. in ambito lavoristico, assicurativo, ecc.).

⁹ Tale adeguamento è stato effettuato per mezzo del d.lgs. n. 101/2018, *Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)*. Il provvedimento è entrato in vigore in data 19 settembre 2018.

co e giuridico in un contesto, quale quello attuale, in cui l'intersezione tra dati sanitari e diffusione delle TIC assume un ruolo determinante nello sviluppo delle società contemporanee (§ 7).

2. Dalla sanità elettronica alla telemedicina: varianti terminologiche ed evoluzione del settore

Nelle ultime due decadi, si è assistito a una notevole proliferazione di espressioni e definizioni che hanno come denominatore comune l'utilizzo di TIC per il miglioramento dei processi di gestione in sanità o al fine di predisporre nuovi servizi e percorsi diagnostico-terapeutici di cui i pazienti possono beneficiare a distanza. Per le finalità di questo lavoro, è importante provare a fare chiarezza sulle caratteristiche intrinseche a questi servizi, soprattutto in considerazione del fatto che dalla loro qualificazione può dipendere l'applicabilità o meno di determinate disposizioni giuridiche (BOTRUGNO 2018a, 132).

All'espressione "sanità elettronica", inizialmente ricorrente soprattutto nel panorama nazionale, si è progressivamente venuta ad affiancare la "salute digitale", insieme al più noto corrispettivo in lingua inglese *e-health* e, successivamente, alla *mobile health*. Sulla scorta degli orientamenti adottati in questa materia dalla Commissione europea¹⁰), l'*e-health* può essere intesa come una convergenza fra informatica medica, sanità pubblica ed economia, che si basa sulla raccolta di informazioni e sull'offerta di servizi sanitari per mezzo di internet e delle tecnologie correlate al suo utilizzo. Così intesa, pertanto, l'*e-health* include potenzialmente ogni utilizzo delle TIC che avvenga nell'ambito di un sistema sanitario, ovvero che coinvolga direttamente o indirettamente uno o più professionisti sanitari. La letteratura specializzata in questo settore ha poi messo in rilievo come il termine *e-health* sia atto a designare non solo uno sviluppo di tipo tecnico, ma anche «uno stato d'animo, un modo di pensare, un'attitudine, e uno sforzo proteso verso il raggiungimento di una connettività globale, finalizzati a migliorare l'assistenza sanitaria attraverso le tecnologie dell'informazione e della comunicazione» (EYSENBACH 2001).

Pressoché contestualmente all'emersione dell'*e-health*, inizia ad affacciarsi sullo scenario delle TIC sanitarie anche la "telemedicina", un termine che, come facilmente intuibile a livello semantico, deriva dalla fusione di telematica e medicina (BOTRUGNO 2018b, 13 ss). Anche la telemedicina ha progressivamente conosciuto una proliferazione di varianti terminologiche, molte delle quali di derivazione anglosassone – *telehealth*, *telehealthcare*, *telehomecare*, *remote care*, *virtual care*, ecc. – ognuna delle quali volta a designare una dimensione particolare d'intervento a distanza, con caratteristiche e modalità di funzionamento che, caso per caso, possono variare anche in misura significativa.

Rispetto alla più ampia sfera dell'*e-health*, tuttavia, il tratto distintivo della telemedicina risiede nel presupporre comunque una forma di interazione, in tempo reale o differito, tra il paziente e il professionista sanitario. Conformemente all'orientamento adottato in sede comunitaria¹¹, infatti, la telemedicina presuppone l'erogazione di una prestazione medica, ovvero di una *performance* di natura intellettuale, resa da un professionista abilitato all'esercizio della professione.

All'interno della telemedicina si suole poi annoverare una modalità di intervento più specifica, ovvero il monitoraggio remoto dei parametri vitali del paziente – anche noto come telemonitoraggio –, che può essere effettuato per mezzo di dispositivi indossabili, impiantabili e perfino ingeribili. Oggi, il telemonitoraggio rappresenta una delle aree più promettenti dell'intero panorama dei servizi a distanza e può essere effettuato dal paziente in via autonoma o in collabora-

¹⁰ A mero titolo esemplificativo, si vedano i seguenti atti di orientamento della Commissione europea: Comunicazione 2004/356, *Sanità elettronica: migliorare l'assistenza sanitaria dei cittadini europei: piano d'azione per uno spazio europeo della sanità elettronica*; Comunicazione 2008/689, *Sulla telemedicina a beneficio dei pazienti, dei sistemi sanitari e delle società*; Comunicazione 2012/736, *Sanità elettronica 2012-2020 - Una sanità innovativa per il 21° secolo*.

¹¹ Commissione europea, Comunicazione 2008/689, cit., 20.

zione con un'istituzione sanitaria. Questa distinzione non è di poco conto poiché, se in quest'ultimo caso si resta senza dubbio nell'ambito della telemedicina, il primo ricomprende un'area complessa ed estremamente articolata, quella delle *health apps*, con cui si suole designare un insieme di servizi progettati per il funzionamento su dispositivi portatili di comune utilizzo come tablet e smartphone. Invero, sebbene l'utilizzo delle *health apps* consenta ai propri utilizzatori di perseguire finalità ascrivibili al mantenimento del benessere o alla tutela della propria salute in senso lato, è opportuno chiarire che, laddove tali servizi siano utilizzati in assenza di un qualsiasi coinvolgimento o apporto materiale da parte di un professionista sanitario, il loro funzionamento fuoriesce dall'ambito della telemedicina e da quello della stessa *e-health*, per rientrare in una dimensione che può essere definita più opportunamente in termini di *self-care* (BOTRUGNO 2016, 193; LUPTON 2013, 256). Sulle *health apps* si è espresso anche il Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), che ha dedicato un apposito parere alle implicazioni etiche derivanti dal loro crescente utilizzo¹². Dopo aver salutato con favore la diffusione di nuove tecnologie che promettono di migliorare la qualità dell'assistenza sanitaria, il parere evidenzia i possibili rischi innescati dalla loro diffusione, fra cui non solo quelli afferenti alla tutela della privacy, ma anche quelli relativi alla possibilità di diagnosi e prescrizioni terapeutiche fatte in proprio (*self-made*) dai loro utilizzatori¹³. Tale sorta di timore, peraltro, trova una corrispondenza concreta in evidenze empiriche offerte da studi qualitativi di orientamento critico (LUPTON 2013; MORT et al. 2013, 799; MILLIGAN et al. 2011, 347), all'interno dei quali si sottolinea come il *digital engagement* dei pazienti si fondi sovente su strategie volte a trasferire una serie di incombenze dai professionisti sanitari ai pazienti, con l'obiettivo mediato di contenere i costi dell'assistenza pubblica.

3. Il ruolo dei dati sanitari nella strategia europea di promozione delle TIC

Nelle ultime due decadi, la Commissione europea ha profuso un impegno notevole al fine di stimolare l'adozione dei servizi sanitari mediati dalle TIC all'interno dei sistemi sanitari degli Stati membri, dapprima con l'*e-Health Action Plan*¹⁴ e poi con la più ampia *Policy for Ageing Well With ICTs*, politiche sviluppate sotto l'egida del Mercato Unico Digitale. A questa ampia azione di promozione delle TIC¹⁵ si ricollega l'adozione di una *Strategia europea dei dati*, che delinea un "approccio globale" il cui obiettivo finale è quello di «incrementare l'utilizzo e la domanda di dati e di prodotti e servizi basati sui dati in tutto il mercato unico»¹⁶. Nella visione adottata dalla Commissione europea, i dati sono intesi come

«la linfa vitale dello sviluppo economico: sono la base di molti nuovi prodotti e servizi e generano guadagni in termini di produttività ed efficienza delle risorse in tutti i settori economici, rendendo possibili prodotti e servizi più personalizzati, un miglioramento del processo di elaborazione delle politiche e un potenziamento dei servizi pubblici»¹⁷.

¹² Comitato Nazionale per la Bioetica, "Mobile-health" e applicazioni per la salute: aspetti bioetici, disponibile in: <http://bioetica.governo.it/it/documenti/pareri-e-risposte/mobile-health-e-applicazioni-per-la-salute-aspetti-bioetici/> (consultato il 24/08/2020).

¹³ Comitato Nazionale per la Bioetica, "Mobile-health" e applicazioni per la salute: aspetti bioetici, cit., 15 ss.

¹⁴ Adottato nel 2004 attraverso la Comunicazione 2004/356, cit., e poi rinnovato per mezzo della Comunicazione 2012/736, cit.

¹⁵ Recentemente rinnovata e ridenominata *Plasmare il futuro digitale dell'Europa*, disponibile in: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/shaping-europe-digital-future_it (consultato il 24/08/2020).

¹⁶ Cfr. Commissione europea, Comunicazione 2020/66, *Una strategia europea per i dati*, 2.

¹⁷ Commissione europea, *Plasmare il futuro digitale dell'Europa*, cit., 3.

Ciò rende evidente che la promozione di questa strategia si fonda su una matrice essenzialmente economica, così come desumibile, peraltro, dal richiamo ivi contenuto alla necessità di competere con attori globali all'avanguardia nel settore digitale quali Cina e Stati Uniti¹⁸. Invero, nonostante il riferimento enfatico all'essere umano quale "elemento centrale" di questa visione¹⁹, l'obiettivo manifesto della Commissione europea è quello di

«creare uno spazio unico europeo di dati – un autentico mercato unico di dati, aperto ai dati provenienti da tutto il mondo – nel quale sia i dati personali sia quelli non personali, compresi i dati commerciali sensibili, siano sicuri e le imprese abbiano facilmente accesso a una quantità pressoché infinita di dati industriali di elevata qualità, che stimolino la crescita e creino valore»²⁰.

Per quanto riguarda la valenza assunta dai dati nell'ambito sanitario, la Commissione si era già espressa con la Comunicazione 2018/233, «relativa alla trasformazione digitale della sanità e dell'assistenza nel mercato unico digitale, alla responsabilizzazione dei cittadini e alla creazione di una società più sana»²¹. Dopo aver introdotto il contesto dei sistemi sanitari degli Stati membri – con le relative sfide, fra cui invecchiamento della popolazione, multimorbilità, scarsità di personale sanitario, incremento delle patologie non trasmissibili e riemergere di quelle trasmissibili – la Commissione snocciola i benefici ottenibili grazie alla digitalizzazione dei sistemi sanitari, fra cui la possibilità di «accrescere il benessere di milioni di cittadini e cambiare radicalmente il modo in cui i servizi sanitari e assistenziali vengono forniti ai pazienti». Più in particolare, lo sviluppo dei servizi sanitari digitali consentirebbe di migliorare la continuità assistenziale, promuovere la salute e il benessere anche sul posto di lavoro e, più in generale, «sostenere la riforma dei sistemi sanitari e la loro transizione verso nuovi modelli di assistenza, basati sui bisogni delle persone, e consentire un passaggio da sistemi incentrati sugli ospedali a strutture assistenziali integrate e maggiormente basate sulle comunità»²². All'interno di questa visione, la Commissione riconosce che i dati sanitari rappresentano un "elemento chiave" per dare avvio alla rivoluzione digitale, e quindi ridisegnare il funzionamento dei sistemi sanitari e, al contempo, ampliarne l'accessibilità.

La Comunicazione 2018/233 della Commissione europea chiarisce altresì come il raggiungimento di tali obiettivi sia stato sinora frenato dall'assenza di un'effettiva interoperabilità dei dati sanitari e dalla frammentazione del mercato, fattori che «rappresentano un ostacolo ad un approccio integrato alla prevenzione delle malattie e ad una cura e assistenza meglio adattate alle esigenze dei cittadini»²³. A questo proposito, non appare superfluo ricordare che l'interoperabilità dei dati sanitari – il cui ottenimento è divenuto un obiettivo fondamentale nella Strategia europea dei dati –, rappresentava già un pilastro della Direttiva 2011/24/UE²⁴ sull'assistenza sanitaria transfrontaliera a beneficio dei cittadini dei paesi membri, per il cui raggiungimento quest'ultima aveva istituito un'apposita *eHealth Network*, che riunisce oggi i paesi membri più la Norvegia in qualità di osservatore e opera sotto la supervisione della stessa Commissione europea. Nel contesto attuale, le attività di condivisione e scambio dei dati sanitari a livello europeo sono limitate alla cooperazione volontaria fra paesi membri, i quali si avvalgono a tal fine di una *eHealth Digital Service Infrastructure*. Tuttavia, sino a questo momento tale cooperazione è rima-

¹⁸ Commissione europea, *Plasmare il futuro digitale dell'Europa*, cit., 4.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

²¹ Commissione europea, Comunicazione 2018/233 relativa alla trasformazione digitale della sanità e dell'assistenza nel mercato unico digitale, alla responsabilizzazione dei cittadini e alla creazione di una società più sana.

²² Commissione europea, Comunicazione 2018/233, cit., 1.

²³ Commissione europea, Comunicazione 2018/233, cit., 2.

²⁴ Direttiva 2011/24/UE del 9 marzo 2011 concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera.

sta circoscritta allo scambio dei fascicoli sanitari dei pazienti e delle prescrizioni in formato telematico. È per questo motivo che la Commissione europea ha assunto un impegno concreto volto all'adozione di standard europei per la qualità, affidabilità e sicurezza dei dati sanitari e per l'adozione di un formato europeo che renda possibile la standardizzazione delle cartelle cliniche elettroniche e quindi lo scambio²⁵.

4. Tra protezione e circolazione: dalla privacy alla concezione dinamica della tutela dei dati personali

L'Unione europea ha ridisegnato il proprio impianto di protezione dei dati personali attraverso l'emanazione del RGPD, che all'art. 1, rubricato "Oggetto e finalità", oltre ad annunciare «norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali», prevede anche «norme relative alla libera circolazione di tali dati». Il paragrafo 3 dello stesso articolo rafforza l'enfasi sulla libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione, sottolineando come questa non possa essere «limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali». Come messo adeguatamente in rilievo a questo proposito, il Regolamento «disciplina temi che nulla hanno a che fare con la riservatezza in senso stretto, ma che attengono invece al regime di circolazione delle informazioni, in parte propri di altri settori e materie, quali il mercato della concorrenza sulle informazioni e l'accesso alle informazioni» (FINOCCHIARO 2018, 896).

Sin dal suo *incipit*, pertanto, il RGPD rende evidente il binomio indissolubile tra protezione dei dati personali e libera circolazione degli stessi nello spazio europeo, segno di "distacco" da parte del legislatore europeo «dalla concezione sostanzialmente statica del diritto al rispetto della vita privata, in cui era sufficiente una tutela eminentemente negativa, consistente nel potere di escludere le interferenze altrui» (COLAPIETRO 2018, 4). Come messo in rilievo dalla dottrina, infatti, l'idea di protezione esclusivamente rivolta alla "persona fisica" è divenuta vetusta all'interno delle società contemporanee, il funzionamento delle quali ha reso invece necessaria l'adozione di una concezione "dinamica" di protezione dei dati, quindi, la necessità di apprestare una tutela che «segue i dati nel momento della loro circolazione» (COLAPIETRO 2018, 4). A ciò corrisponde il passaggio da un "modello unidirezionale", in cui il flusso di dati avveniva principalmente dall'interessato al titolare del trattamento, a uno di "condivisione e cogestione" dei dati e delle informazioni i quali appaiono «destinati fin dall'origine ad una circolazione globale» (FINOCCHIARO 2017, 1).

D'altra parte, la transizione dall'*habeas corpus* all'*habeas data* (COLAPIETRO 2018, 14), ovvero dall'idea della privacy in quanto protezione della riservatezza della persona a una concezione plurivoca di protezione delle informazioni personali che formano il contenuto dei dati, è stata suggellata dalla c.d. costituzionalizzazione del diritto alla protezione dei dati personali e, più precisamente, dalla scelta di prevedere un omonimo diritto accanto al più classico diritto alla vita privata e familiare (rispettivamente, artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea). Secondo alcuni, infatti, questa scelta avrebbe

«contribuito a trasformare l'approccio delle istituzioni, in questa materia, da una configurazione prevalentemente *market-driven* a una *fundamental rights-oriented*. La direttiva infatti risentiva ancora di una visione in larga parte mercantilistica, improntata a garantire la libera circolazione dei dati personali, considerati nella loro peculiare natura di asset economico e non ancora in una prospettiva legata alla tutela dei diritti fondamentali» (BASSINI 2016, 588).

²⁵ A questo proposito cfr. la Raccomandazione (UE) 2019/243 della Commissione, del 6 febbraio 2019, relativa a un formato europeo di scambio delle cartelle cliniche elettroniche.

All'interno di quest'analisi, un ulteriore elemento da considerare è costituito dalla nuova definizione di "dato personale" adottata all'interno del RGPD, una definizione molto ampia – e secondo alcuni, talmente ampia da risultare potenzialmente onnicomprensiva, con il rischio di vanificare, *in limine*, la stessa tutela predisposta dal nuovo impianto normativo (PURTOVA 2018). In base a tale nuova definizione offerta dall'art. 4 del Regolamento, infatti, «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile» rappresenta un dato personale. Più in particolare, la persona fisica – definita anche come "interessato" – è considerata identificabile nel momento in cui essa possa essere

«identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale» (RGPD, art. 4).

Se, per un verso, l'ampiezza di tale definizione potrebbe ascrivere alla volontà di prevedere una categoria elastica, quindi in grado di ricomprendere nuove fattispecie che dovessero sorgere in futuro a seguito dell'evoluzione tecnologica, per un altro, alcuni hanno sottolineato che questa scelta deve essere interpretata come il segno del recepimento di alcuni orientamenti emersi in seno alla dottrina statunitense in materia, per effetto dei quali l'ampiezza (o vaghezza) definitoria è da ricondurre al superamento della dicotomia tra dato personale e dato anonimo, a cui si affiancano una serie di misure preventive volte all'attenuazione del rischio di violazione della privacy (COLAPIETRO 2018, 15). Per le finalità di questo lavoro, vale la pena sottolineare che tali orientamenti muoverebbero dalla presa d'atto del fallimento dei procedimenti di anonimizzazione e, in particolare, dalla consapevolezza per cui la distinzione tra dato personale e dato anonimo non sia più adeguata alla luce delle esigenze confliggenti di protezione dei dati stessi e circolazione di questi ultimi (DUCATO 2016, 164).

A questo proposito, va detto che, sebbene non siano mancati in dottrina i riferimenti alla "doppia natura" dei dati personali così come protetti all'interno del Regolamento – ovvero come bene economico e, al contempo, oggetto di un diritto fondamentale (FINOCCHIARO 2018, 896) – alcuni hanno espresso posizioni maggiormente critiche rispetto all'ammodernamento dell'impianto di protezione dei dati operato dal Regolamento. Nello specifico, esso è stato considerato come

«una retrocessione sul terreno della protezione della persona, poiché reitera forme di salvaguardia dell'individuo per lo più di matrice individuale (consenso, diritti degli interessati, risarcimento del danno etc.) ma, nonostante l'evoluzione dei trattamenti dei dati personali, non percorre in maniera adeguata la via della difesa dei diritti individuali della persona sul piano pubblico e addirittura trascura il versante della tutela collettiva» (PIRAINO 2017, 405).

Altri ancora hanno ritenuto "deludente" il tenore della nuova normativa di protezione dei dati personali, soprattutto con riferimento al bilanciamento compiuto tra diritti fondamentali ed esigenze di mercato, il quale sembrerebbe

«avvalorare un'accezione sempre più spersonalizzata di dati personali con un approccio lontano dalla sensibilità di chi sottolinea il valore giuridico della persona nella sua unitarietà e complessità. In altre parole, il termine dato personale sembra impoverirsi fino a rinnegare il suo potenziale rappresentativo per ridursi a qualcosa di algido e sterile, in sintonia con l'entusiasmo per le enormi potenzialità dei Big Data, che consentono di ricostruire informazioni preziose anche da frammenti di dati apparentemente privi di specifici elementi identificativi» (THIENE 2017, 410).

4.1. Ambito di applicazione del RGPD e principi applicabili al trattamento

La delimitazione dell'ambito di applicazione del Regolamento è da annoverarsi fra le novità di questa disciplina che ne sancisce un notevole ampliamento rispetto a quello offerto dalla Direttiva 95/46/CE. In questo contesto, il legislatore europeo dimostra di aver recepito i più recenti orientamenti della Corte di Giustizia²⁶ che ha dimostrato un "singolare attivismo" in questa materia (BASSINI 2016, 587)²⁷. Per effetto dell'art. 3, il Regolamento si applica ad ogni attività posta in essere da «un titolare del trattamento o di un responsabile del trattamento nell'Unione, indipendentemente dal fatto che il trattamento sia effettuato o meno nell'Unione»²⁸. Al ricorrere di determinate condizioni, tuttavia, il RGPD si applica anche al trattamento effettuato dal titolare o dal responsabile che non siano stabiliti all'interno dell'Unione²⁹, il che comporta l'applicabilità della disciplina europea anche a quei trattamenti effettuati al di fuori dell'Unione europea, a condizione che i servizi collegati a tali trattamenti siano offerti a interessati che si trovano al suo interno³⁰.

Per quanto concerne l'ambito di applicazione materiale del Regolamento, esso ricomprende il «trattamento interamente o parzialmente automatizzato di dati personali e [il] trattamento non automatizzato di dati personali contenuti in un archivio o destinati a figurarvi»³¹. Il Regolamento stabilisce i principi applicabili al trattamento, ovvero: liceità, correttezza e trasparenza³²; limitazione delle finalità (affinché i dati siano raccolti per finalità delimitate, esplicite e legittime)³³; minimizzazione dei dati (in modo che siano raccolte esclusivamente quelle informazioni necessarie a soddisfare le finalità previste)³⁴; esattezza dei dati³⁵ e limitazione della loro conservazione per un lasso temporale non superiore a quello necessario³⁶; integrità e riservatezza dei dati³⁷. All'interno di questi principi, un rilievo particolare è assunto dalla liceità, che sussiste solo laddove l'interessato abbia espresso il proprio consenso al trattamento oppure nel caso in cui il trattamento appaia necessario al raggiungimento di una delle finalità tassativamente stabilite³⁸.

Prescrizioni più stringenti valgono per le categorie particolari di dati (già dati sensibili) che, ai sensi della disciplina in esame, includono non solo ogni dato idoneo a rivelare informazioni

²⁶ A questo proposito, si vedano, in particolare, le seguenti sentenze della Corte europea di giustizia: *Google Spain SL e Google Inc. contro Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González*; *Digital Rights Ireland Ltd contro Minister for Communications, Marine and Natural Resources e a. e Kärntner Landesregierung e a.* Per un approfondimento in materia cfr. FINOCCHIARO 2015.

²⁷ Sul tema cfr. anche POLLICINO 2014. Per un approfondimento sul ruolo assunto sulla nozione dello stabilimento all'interno del RGPD si veda estesamente STANZIONE 2016.

²⁸ RGPD, art. 3.

²⁹ RGPD, art. 3.

³⁰ Come sottolineato da COLAPIETRO 2018, 9, per stabilire caso per caso l'applicabilità territoriale del regolamento vengono in soccorso i considerando del Regolamento, e in particolare, i nn. 23 e 24. Inoltre, un rilievo centrale assume a questo proposito la nozione di "stabilimento" espressamente richiamata all'interno della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

³¹ RGPD, art. 1.

³² RGPD, art. 5.1, lett. a.

³³ RGPD, art. 5.1, lett. b.

³⁴ RGPD, art. 5.1, lett. c.

³⁵ RGPD, art. 5.1, lett. d.

³⁶ RGPD, art. 5.1, lett. e.

³⁷ RGPD, art. 5.1, lett. f.

³⁸ In base al dettato dell'art. 6, invero, affinché il trattamento dei dati sia considerato come lecito, è necessario che l'interessato abbia espresso il proprio consenso allo stesso, oppure che il trattamento sia necessario per raggiungere una delle seguenti finalità: *i*) esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o di misure precontrattuali adottate su sua richiesta; *ii*) adempimento di un obbligo legale gravante in capo al titolare del trattamento; *iii*) salvaguardia di interessi vitali dell'interessato o di altra persona fisica; *iv*) esecuzione di un compito di interesse pubblico o relativo all'esercizio di poteri pubblici attribuiti al titolare del trattamento; *v*) perseguimento di un legittimo interesse detenuto dal titolare del trattamento o da terzi, fatto salvo il caso in cui debba darsi prevalenza agli interessi, ai diritti o alle libertà fondamentali della persona fisica a cui i dati pertengono.

come origine razziale o etnica, opinioni politiche, convinzioni religiose o filosofiche e appartenenza sindacale, ma anche i dati genetici, i dati biometrici e i dati relativi alla salute, alla vita e all'orientamento sessuale degli individui interessati³⁹. Alla regola generale che vieta il trattamento di tali dati⁴⁰ segue una serie di eccezioni dallo spettro potenzialmente molto ampio. In primo luogo, tali categorie di dati possono essere trattati ogni volta in cui vi sia un consenso esplicito da parte dell'interessato⁴¹ o nel caso in cui sia stato egli stesso a renderli pubblici⁴². Inoltre, il trattamento di tali dati è consentito laddove ciò sia necessario per il perseguimento di finalità più specifiche, tra cui: assolvere agli obblighi ed esercitare i diritti specifici del titolare del trattamento o dell'interessato in materia di diritto del lavoro e della sicurezza e protezione sociale⁴³; tutelare un interesse vitale dell'interessato o di un'altra persona fisica qualora l'interessato si trovi nell'incapacità fisica o giuridica di prestare il proprio consenso⁴⁴; espletare le attività proprie di una fondazione, associazione o di altro organismo senza scopo di lucro che persegue finalità politiche, filosofiche, religiose o sindacali⁴⁵; accertare, esercitare o difendere un diritto in sede giudiziaria⁴⁶; soddisfare esigenze di carattere pubblico⁴⁷; perseguire finalità che rientrano nell'ambito della medicina preventiva o della medicina del lavoro⁴⁸; soddisfare esigenze di interesse pubblico attinenti al settore della sanità pubblica⁴⁹; perseguire finalità di interesse pubblico relative all'archiviazione, alla ricerca scientifica, o in ambito storico e statistico⁵⁰. Com'è evidente da tale serie di casi, un ruolo fondamentale è qui assunto dalla nozione di interesse pubblico, dalla cui definizione dipende lo spazio di discrezionalità esercitabile dagli Stati membri, i quali possono eventualmente calibrare tale nozione in base alla volontà di allargare o restringere il novero delle finalità reputate meritevoli di interesse.

In sintesi, alla luce della disciplina offerta dal RGPD, è possibile affermare che il trattamento dei dati personali deve essere lecito e limitato alle finalità specifiche assunte dal trattamento stesso. I dati raccolti devono essere esatti e le forme di archiviazione devono essere tali da facilitare il loro trattamento, cancellazione e rettifica senza ritardo. Inoltre, gli stessi devono essere conservati per il periodo di tempo necessario al raggiungimento delle finalità per le quali erano stati raccolti. I dati devono essere trattati in modo che gli stessi siano protetti da eventuali utilizzi non autorizzati o illeciti, e devono essere salvaguardati con adeguati accorgimenti tecnici e organizzativi per evitare che possano andare persi, distrutti, o accidentalmente danneggiati.

4.2. Accountability e principio di precauzione: la nuova visione della protezione dei dati personali

Come sottolineato in precedenza, l'adozione di una definizione potenzialmente onnicomprensiva di dato personale sembra accompagnarsi a una – pur non manifesta – presa d'atto delle difficoltà di garantire una completa anonimizzazione dei dati nell'era digitale. A ciò fa da *pendant* il sorgere di una nuova visione del sistema di protezione dei dati stessi, ispirata ai principi di pre-

³⁹ RGPD, art. 9. Per un approfondimento sulle categorie particolari di dati si veda GRANIERI 2017.

⁴⁰ RGPD, art. 9.

⁴¹ RGPD, art. 9.

⁴² RGPD, art. 9.2, lett. e.

⁴³ RGPD, art. 9.2, lett. b.

⁴⁴ RGPD, art. 9.2, lett. c.

⁴⁵ RGPD, art. 9.2, lett. d. In questo caso devono comunque essere adottate determinate garanzie tra cui, che il trattamento riguardi unicamente i membri, gli ex membri o le persone che hanno regolari contatti con tale ente.

⁴⁶ RGPD, art. 9.2, lett. f.

⁴⁷ RGPD, art. 9.2, lett. g.

⁴⁸ RGPD, art. 9.2, lett. h.

⁴⁹ RGPD, art. 9.2, lett. i.

⁵⁰ RGPD, art. 9.2, lett. l.

cauzione e di prevenzione dei rischi per i diritti e per le libertà delle persone interessate (STANZIONE 2016, 1261). All'interno del Regolamento tale visione assume le forme di un'*accountability* – un dovere di dare conto – attribuito al titolare del trattamento, in particolare dall'art. 32, il quale assume il fine di stimolare «l'adozione di comportamenti proattivi e di misure idonee a dimostrare ed assicurare la corretta applicazione della disciplina europea, in una prospettiva di tutela preventiva, basata su diversi istituti che si iscrivono in una prospettiva di carattere responsabilizzante» (COLAPIETRO 2018, 27)⁵¹.

Tra questi ultimi rientrano sicuramente i principi della *privacy by design* e *privacy by default*⁵², ma soprattutto, per le finalità proprie di questo lavoro, la valutazione d'impatto preventiva, da effettuarsi nel caso di trattamento di alcune categorie di dati, fra cui quelli raccolti e/o elaborati per mezzo delle «nuove tecnologie»⁵³. Al di là di quest'ipotesi specifica, il RGPD assegna al titolare del trattamento l'onere di effettuare tale valutazione in considerazione della natura dei dati raccolti, del loro oggetto, del contesto e delle finalità del trattamento⁵⁴. Nondimeno, all'interno di questa cornice di discrezionalità riconosciuta al titolare del trattamento, il RGPD prevede anche che tale valutazione debba comunque effettuarsi nel caso di trattamenti automatizzati che coinvolgono aspetti personali degli interessati su cui possano fondarsi «decisioni che hanno effetti giuridici» o altrimenti in grado di incidere significativamente sulla loro sfera personale. Inoltre, la valutazione d'impatto è espressamente richiesta anche nel caso di trattamento su larga scala di dati sensibili e di dati relativi a reati e/o a condanne penali, e nel caso di «sorveglianza sistematica su larga scala di una zona accessibile al pubblico»⁵⁵. In questo contesto, il Regolamento prescrive l'adozione di procedimenti di pseudonimizzazione e cifratura dei dati in oggetto, a cui corrispondono altrettanti certificati di autenticità e meccanismi per l'autenticazione dei soggetti abilitati all'accesso. Inoltre, appare degno di nota che esso suggerisca anche l'adozione di iniziative volte alla formazione e alla sensibilizzazione del personale coinvolto nelle attività di trattamento⁵⁶, eventualmente attraverso la definizione di appositi codici di condotta che assumono il fine di contribuire alla sua corretta applicazione⁵⁷.

Da diverso punto di vista, il RGPD cerca anche di rafforzare le condizioni che sottostanno all'ottenimento del consenso presso gli interessati, prescrivendo che la relativa richiesta sia «presentata in modo chiaramente distinguibile dalle altre materie, in forma comprensibile e facilmente accessibile, utilizzando un linguaggio semplice e chiaro»⁵⁸.

Infine, all'interno della nuova concezione di protezione dei dati adottata dal RGPD deve annoverarsi il rinnovato ruolo attribuito alle Autorità nazionali di controllo, soprattutto per quanto concerne il controllo su alcuni spazi di «flessibilità» contenuti all'interno del nuovo impianto normativo (PIZZETTI 2018, 108). In particolare, il ruolo delle Autorità diviene preminente in una serie di casi, tra cui, *in primis*, nell'ambito della valutazione d'impatto preventiva dianzi richiamata⁵⁹, soprattutto laddove il rischio di nocimento ai diritti e alle libertà dei singoli appaia elevato, caso in cui il titolare deve obbligatoriamente consultare l'Autorità⁶⁰. Inoltre, alle Autorità

⁵¹ Sul punto si veda anche FINOCCHIARO 2017; TOMMASI 2019; LUCCHINI GUASTALLA 2018.

⁵² RGPD, art. 25.

⁵³ RGPD, art. 35.1.

⁵⁴ RGPD, art. 35.1.

⁵⁵ RGPD, art. 35.3

⁵⁶ RGPD, art. 39.

⁵⁷ RGPD, art. 40.

⁵⁸ RGPD, art. 7.2.

⁵⁹ E più precisamente, per «redige[re] e rende[re] pubblico un elenco delle tipologie di trattamenti soggetti al requisito di una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati» (RGPD, art. 35, co. 4), ed eventualmente anche per «redige[re] e rende[re] pubblico un elenco delle tipologie di trattamenti per le quali non è richiesta una valutazione d'impatto» (RGPD, art. 35.5).

⁶⁰ RGPD, art. 36.1.

di controllo spettano ulteriori compiti di consulenza (al Parlamento, al Governo e a tutti gli organismi e/o le istituzioni coinvolti/e dall'applicazione del Regolamento), di vigilanza sull'applicazione del Regolamento e di promozione della consapevolezza del pubblico riguardo «ai rischi, alle norme alle garanzie e ai diritti in relazione ai trattamenti»⁶¹. Infine, alle Autorità di controllo sono attribuiti compiti rilevanti nell'ambito dell'istituzione dei meccanismi di certificazione della protezione dei dati⁶² e dei summenzionati codici di condotta.

In virtù di quanto precede, pertanto, è possibile convergere con l'analisi di chi ha sottolineato che, in parallelo all'adozione della nuova concezione di protezione dei dati da parte del Regolamento, anche il ruolo stesso delle Autorità di controllo sia stato ridisegnato in senso "dinamico", dal che discende che la tutela della protezione dei dati personali non possa più essere intesa esclusivamente in quanto «diritto fondamentale dei cittadini ma anche come un valore sociale di diritto pubblico europeo» (PIZZETTI 2018, 109). Da un punto di vista parzialmente differente, è stato evidenziato che, in uno scenario sempre più marcatamente ispirato all'interconnessione globale, gli spazi d'azione (e d'interpretazione) del diritto nazionale restano significativi, circostanza che pone le Autorità di controllo dinanzi al compito di adeguarsi al fine «di seguire costantemente i processi tecnologici; di valutarne le conseguenze sull'uso dei dati personali; di assicurare una costante informazione sulle conseguenze che le nuove tecnologie, e i trattamenti che comportano, possono presentare per tutta la comunità di riferimento» (PIZZETTI 2018, 110). In questo senso, pertanto, è possibile affermare che la protezione dei dati, benché ancorata alla tutela di un diritto individuale, debba essere più correttamente intesa nella sua dimensione di interesse pubblico, e quindi «presidiata non solo a tutela dell'interessato e a sua richiesta ma anche in via generale e preventiva» (PIZZETTI 2018, 111)⁶³.

4.3. *L'incidenza del RGPD sulle attività di erogazione dei servizi sanitari a distanza*

L'assenza di una trattazione specifica dei dati sanitari all'interno del RGPD, se da un lato può essere letta come una volontà di non differenziarne la protezione da quella relativa alle ulteriori "categorie particolari" di dati personali, sorprende tuttavia alla luce degli ingenti sforzi condotti negli ultimi anni dalle istituzioni europee per stimolare la diffusione dei servizi mediati da TIC all'interno degli Stati membri⁶⁴. Dall'analisi del Regolamento si evince che la nozione di dato sanitario ricomprende tutti i dati «attinenti alla salute fisica o mentale di una persona fisica, compresa la prestazione di servizi di assistenza sanitaria, che rivelano informazioni relative al suo stato di salute»⁶⁵. A ciò si deve tuttavia aggiungere quanto espresso nella parte introduttiva dello stesso Regolamento dove, in linea con l'ampia definizione di dato personale a cui si è fatto cenno in precedenza, si suggerisce un'altrettanto ampia accezione di dato sanitario. Essa, infatti, include:

«tutti i dati riguardanti lo stato di salute dell'interessato che rivelino informazioni connesse allo stato di salute fisica o mentale passata, presente o futura dello stesso. Questi comprendono informazioni sulla persona fisica raccolte nel corso della sua registrazione al fine di ricevere servizi di assistenza sanitaria o della relativa prestazione di cui alla direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio; un numero, un simbolo o un elemento specifico attribuito a una persona fisica per identificarla

⁶¹ RGPD, art 57.1, lett. b.

⁶² RGPD, art. 42

⁶³ Sul nuovo ruolo delle autorità si veda anche CUFFARO 2018. Per un approfondimento sugli aspetti relativi ai procedimenti attivabili a seguito di violazione della normativa sulla protezione dei dati personali, invece, si rinvia all'analisi di MARIOTTINI 2016, 908 ss.

⁶⁴ Si veda sinteticamente *supra*, § 3.

⁶⁵ RGPD, art. 4.14.

in modo univoco a fini sanitari; le informazioni risultanti da esami e controlli effettuati su una parte del corpo o una sostanza organica, compresi i dati genetici e i campioni biologici; e qualsiasi informazione riguardante, ad esempio, una malattia, una disabilità, il rischio di malattie, l'anamnesi medica, i trattamenti clinici o lo stato fisiologico o biomedico dell'interessato, indipendentemente dalla fonte, quale, ad esempio, un medico o altro operatore sanitario, un ospedale, un dispositivo medico o un test diagnostico in vitro»⁶⁶.

All'assenza di disposizioni specificamente rivolte alla protezione dei dati sanitari, corrisponde, peraltro, la mancanza di qualsivoglia riferimento all'utilizzo dei servizi mediati dalle TIC in ambito sanitario. Tuttavia, l'esame attento del testo del Regolamento consente di identificare alcuni elementi la cui analisi può essere di interesse per le finalità proprie di questo lavoro, soprattutto tenuto conto degli sviluppi più recenti delle TIC in sanità e, in particolare, della già richiamata proliferazione di app per la salute (*supra*, § 2). A questo proposito, pertanto, occorre menzionare, in primo luogo, il concetto di "profilazione", definito come

«qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica»⁶⁷.

Per espresso disposto del Regolamento, infatti, l'interessato ha il diritto di «non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona»⁶⁸. Questa sorta di "diritto di opposizione" può interessare le TIC in sanità dal momento che, come già anticipato, nella pratica medica si va diffondendo il ricorso a servizi e dispositivi tecnologici che integrano funzioni di *data-mining* per ottenere un'indicazione utilizzabile non solo a fini collettivo-statistici, ma anche nell'ambito del processo diagnostico e/o terapeutico inerente al singolo paziente⁶⁹. Tuttavia, dal momento che obiettivo precipuo del Regolamento non è porre al vaglio i processi di digitalizzazione dell'assistenza sanitaria⁷⁰, ma apprestare un'adeguata tutela dei dati che attraverso quelli vengono trattati, si prevede la possibilità di acconsentire alla profilazione, per esempio, nell'esecuzione di un contratto di cui il soggetto interessato è parte, oppure nel caso di perseguimento di un interesse pubblico afferente all'ambito della sanità pubblica⁷¹.

Un'altra disposizione del RGPD che può incidere direttamente sulle attività di erogazione dei servizi sanitari a distanza è quella relativa alle forme del consenso informato. Ai sensi della nuova disciplina, il titolare del trattamento dei dati non è obbligato a documentare per iscritto l'apposizione del consenso, né la forma scritta è richiesta in via esclusiva a tal fine⁷². Sebbene la forma scritta svolga una funzione innegabile di chiarificazione e agevoli la dimostrazione della

⁶⁶ RGPD, art. 4.14, considerando n. 35.

⁶⁷ RGPD, art. 4.4.

⁶⁸ RGPD, art. 22.1.

⁶⁹ Tra gli esempi più noti in questo ambito vi è l'elaboratore elettronico IBM Watson, ma non bisogna dimenticare la miriade di app per dispositivi mobili che offrono agli utenti elaborazioni di dati ottenute tramite algoritmi, le quali sono presentate come il risultato di un'autentica *medical expertise*, anche per via dell'utilizzo di interfaccia grafiche di facile utilizzo e di ispirazione "antropomorfa".

⁷⁰ Per una disamina più ampia delle implicazioni etiche, giuridiche e sociali derivanti dall'incedere dei processi di digitalizzazione dell'assistenza sanitaria sia consentito rinviare a BOTRUGNO 2020b.

⁷¹ RGPD, art. 22.

⁷² RGPD, in particolare, art. 7.2.

sua inequivocabilità – requisito introdotto per la prima volta dal RGPD stesso –, è evidente che la possibilità di digitalizzarne l'apposizione possa favorire notevolmente la diffusione dei servizi a distanza (non solo quelli sanitari).

Una menzione particolare merita il nuovo ruolo assunto dal Responsabile della protezione dei dati (RPD), che alla luce del nuovo impianto normativo è chiamato a svolgere funzioni di natura trasversale che «intersecano le questioni di cybersicurezza con gli aspetti di *compliance* sul piano giuridico» (PEDRAZZI 2019, 181) e che sono da ricondurre a un ruolo di supervisore «che mantenga il controllo del rispetto della normativa in materia e funga da punto di contatto con l'autorità di controllo, nonché nei confronti degli interessati che intendano esercitare i propri diritti» (PEDRAZZI 2019, 181).

Come chiarito dal Garante nazionale a integrazione delle apposite Linee Guida adottate dal Gruppo di Lavoro ex art. 29⁷³, la designazione di un RPD è obbligatoria per le «società operanti nel settore della cura della salute, della prevenzione/diagnostica sanitaria quali ospedali privati, terme, laboratori di analisi mediche e centri di riabilitazione». Questa figura deve operare in regime di «indipendenza organizzativa ed operativa» in modo da garantire trasparenza del proprio operato, soprattutto alla luce della necessità di evitare il conflitto di interessi, una questione rispetto alla quale le autorità di controllo di alcuni paesi membri dell'Unione si sono già pronunciate⁷⁴.

Da diverso punto di vista, deve essere evidenziato che il RGPD rimanda espressamente alla revisione di alcuni atti normativi il cui ambito di applicazione può influire sulla disciplina della protezione dei dati personali⁷⁵, circostanza che può investire l'oggetto di questo lavoro, soprattutto con riferimento alla Direttiva 2002/58/CE, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche⁷⁶, anche nota come Direttiva *ePrivacy*. Infatti, sebbene tale Direttiva non includa esplicitamente l'ambito sanitario nel proprio ambito di applicazione⁷⁷, alcune previsioni possono interessare i servizi mediati dalle TIC, soprattutto laddove si tratti di servizi offerti per il tramite di *health apps*. La Direttiva 2002/58/CE, da una parte, impone ai fornitori di servizi di adottare misure tecniche e organizzative tali da assicurare la sicurezza delle comunicazioni elettroniche⁷⁸; dall'altra attribuisce alle competenti autorità degli Stati membri l'onere di garantire la riservatezza delle stesse⁷⁹. In accordo con la revisione intermedia dell'attuazione della strategia per il Mercato Unico Digitale⁸⁰ la Commissione europea ha dato seguito all'esigenza sopra menzionata, presentando una proposta di Regolamento⁸¹ destinata a sostituire la Direttiva 2002/58/CE. La proposta di Regolamento è intesa come *lex specialis* rispetto al RGPD, il che implica che per ogni aspetto non espressamente disciplinato dal primo si debba fare riferimento al secondo. In questo senso, sebbene i principi su cui si reggeva la Direttiva

⁷³ Si vedano *Faq sul Responsabile della Protezione dei Dati in ambito privato* adottate in aggiunta a quelle adottate dal Gruppo Art. 29, <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/8036793> (consultato il 23/08/2020).

⁷⁴ In particolare PEDRAZZI 2019 riporta un caso di incompatibilità allo svolgimento delle funzioni di RPD deciso dall'autorità di controllo della regione tedesca della Bavaria, e il caso dell'autorità spagnola, la prima ad aver introdotto un meccanismo di certificazione per il ruolo di RPD. Quest'ultimo tuttavia, è stato ritenuto inadeguato dal Garante italiano.

⁷⁵ RGPD, considerando introduttivo n. 173.

⁷⁶ Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche.

⁷⁷ La Direttiva 2002/58/CE si applica infatti «al trattamento dei dati personali connesso alla fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico su reti pubbliche di comunicazione nella Comunità» (art. 3.1).

⁷⁸ Direttiva 2002/58/CE. In materia di sicurezza delle comunicazioni elettroniche, si veda anche la Direttiva 2016/1148/UE, anche nota con l'acronimo "NIS", e avente per oggetto la sicurezza dei sistemi informativi.

⁷⁹ Direttiva 2002/58/CE, art. 5.

⁸⁰ Commissione europea, Comunicazione 2017/228, *Costruire un'economia dei dati europea*.

⁸¹ Commissione europea, *Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche e che abroga la Direttiva 2002/58/CE*, COM/2017/010.

2002/58/CE siano ritenuti ancora validi⁸², la Commissione ha manifestato la necessità di adeguarne le disposizioni agli sviluppi tecnologici più recenti. Ad avviso della Commissione, infatti

«I consumatori e le imprese si sono affidati sempre più ai nuovi servizi basati su internet intesi a consentire le comunicazioni interpersonali, quali il voice-over-IP, la messaggistica istantanea e i servizi di posta elettronica basati sulla rete anziché fruire dei servizi di comunicazione tradizionali. Questi servizi di comunicazione over-the-top (“OTT”) non sono di norma soggetti all’attuale quadro di riferimento dell’Unione per le comunicazioni elettroniche, compresa la direttiva sulla vita privata elettronica. Ne consegue che la direttiva non è al passo con gli sviluppi tecnologici, il che si traduce in una lacuna nella tutela delle comunicazioni effettuate mediante i nuovi servizi»⁸³.

Su questa materia, tuttavia, è intervenuto di recente l’*European Data Protection Board* (EDPB) con un apposito parere finalizzato a chiarire se e in che misura il RGPD e la Direttiva *ePrivacy* si sovrappongono o, piuttosto, si integrano⁸⁴. In particolare, l’EDPB ha richiamato l’attenzione sul fatto che già all’interno del RGPD – in particolare, all’art. 95 e al considerando n. 173 –, si conferma che il rapporto tra le due discipline è rispettivamente quello che sussiste tra *lex generalis* e *lex specialis*⁸⁵. Ciò si evince, peraltro, dallo stesso art. 95 richiamato dal parere dell’EDPB, secondo cui il RGPD

«non impone obblighi supplementari alle persone fisiche o giuridiche in relazione al trattamento nel quadro della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico su reti pubbliche di comunicazione nell’Unione, per quanto riguarda le materie per le quali sono soggette a obblighi specifici aventi lo stesso obiettivo fissati dalla direttiva 2002/58/CE».

5. La disciplina nazionale tra adeguamento del Codice in materia di protezione dei dati personali e contributo del Garante

Il d.lgs. n. 101/2018 ha modificato il d.lgs. n. 196/2003, meglio noto come Codice in materia di protezione dei dati personali, al fine di renderlo conforme alle prescrizioni contenute all’interno del nuovo impianto normativo predisposto in sede comunitaria. Tale modifica, peraltro, ha portato alla soppressione di molte delle precedenti disposizioni del Codice, dal momento che il nuovo asse portante della disciplina in materia di protezione dei dati personali è ora costituito dal Regolamento stesso. Tuttavia, contravvenendo in parte alla propria natura di fonte normativa direttamente applicabile all’interno degli Stati membri, il Regolamento, da una parte, ha richiesto ai legislatori nazionali una serie di interventi attuativi per favorire l’adozione di una disciplina di dettaglio in alcuni settori mentre, dall’altra, ha contemplato alcuni interventi facoltativi, il tenore dei quali, evidentemente, non può avere per effetto di derogare la normativa contenuta al suo interno⁸⁶.

⁸² Si veda a questo proposito il rapporto della Commissione europea *Evaluation and review of Directive 2002/58 on privacy and the electronic communication sector*, disponibile in: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/evaluation-and-review-directive-200258-privacy-and-electronic-communication-sector> (consultato il 24/08/2020).

⁸³ Commissione europea, *Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche*, cit.

⁸⁴ EDPB, *Opinion n. 5/2019 on the interplay between the ePrivacy Directive and the GDPR, in particular regarding the competence, tasks and powers of data protection authorities*.

⁸⁵ EDPB, *Opinion n. 5/2019*, 12.

⁸⁶ Sul punto si veda COLAPIETRO 2018, 28, il quale si sofferma sul più generale rapporto di stretta implicazione che sussiste tra il RGPD e il Codice per la protezione dei dati personali così come novellato dal d.lgs. n. 101/2018. Tale rapporto, peraltro, diventa anche di tipo funzionale nella misura in cui il RGPD assume il ruolo di parametro di

Come visto *supra* (§ 4), il Regolamento prevede un divieto generale di trattamento delle categorie particolari di dati personali, a cui fa seguito una serie di eccezioni, fra cui spiccano quelle giustificate dai motivi di “interesse pubblico”, nozione che, tuttavia, non è ulteriormente determinata. Attraverso il d.lgs. n. 101/2018, il legislatore italiano scioglie ogni dubbio e definisce rilevante l’interesse pubblico «relativo a trattamenti effettuati da soggetti che svolgono compiti di interesse pubblico o connessi all’esercizio di pubblici poteri». Fra questi rientrano:

«t) attività amministrative e certificatorie correlate a quelle di diagnosi, assistenza o terapia sanitaria o sociale, ivi incluse quelle correlate ai trapianti d’organo e di tessuti nonché alle trasfusioni di sangue umano; u) compiti del servizio sanitario nazionale e dei soggetti operanti in ambito sanitario, nonché compiti di igiene e sicurezza sui luoghi di lavoro e sicurezza e salute della popolazione, protezione civile, salvaguardia della vita e incolumità fisica; v) programmazione, gestione, controllo e valutazione dell’assistenza sanitaria, ivi incluse l’instaurazione, la gestione, la pianificazione e il controllo dei rapporti tra l’amministrazione ed i soggetti accreditati o convenzionati con il servizio sanitario nazionale»⁸⁷.

Da diverso punto di vista, il Regolamento attribuisce agli Stati membri la facoltà di mantenere o introdurre «ulteriori condizioni, comprese limitazioni, con riguardo al trattamento di dati genetici, dati biometrici o dati relativi alla salute»⁸⁸. È in quest’ottica che va inquadrato il dettato del d.lgs. n. 101/2018, volto a garantire che il trattamento dei dati riconducibili a tali categorie avvenga previa emanazione di “misure di garanzia” adottate da parte del Garante per la protezione dei dati personali. Tali misure devono essere formulate tenuto conto:

«a) delle linee guida, delle raccomandazioni e delle migliori prassi pubblicate dal Comitato europeo per la protezione dei dati e delle migliori prassi in materia di trattamento dei dati personali; b) dell’evoluzione scientifica e tecnologica nel settore oggetto delle misure; c) dell’interesse alla libera circolazione dei dati personali nel territorio dell’Unione europea»⁸⁹.

Le misure di garanzia devono essere adottate per ciascuna delle tre categorie di dati menzionate e commisurate alle finalità specifiche del trattamento. L’adozione delle stesse può inoltre comprendere, da una parte, la definizione di ulteriori condizioni volte ad assicurare la legittimità del trattamento dei dati sensibili e, dall’altra, quella di misure di sicurezza, tra cui le «tecniche di cifratura e di pseudonimizzazione, le misure di minimizzazione, le specifiche modalità per l’accesso selettivo ai dati e per rendere le informazioni agli interessati, nonché le eventuali altre misure necessarie a garantire i diritti degli interessati»⁹⁰.

A differenza del RGPD, che, come già messo in evidenza, non prevede disposizioni specificamente rivolte alla protezione dei dati sanitari, nella Parte II⁹¹, il Codice per la protezione dei dati personali ospita ora un Titolo V specificamente dedicato al «Trattamento di dati personali

legittimità per l’interpretazione delle disposizioni del Codice.

⁸⁷ Cfr. d.lgs. n. 101/2018, art. 2-sexies, co. 2. Si rammenta, inoltre, che ai casi già menzionati vanno aggiunti quelli ulteriori in cui l’ammissibilità del trattamento sia prevista «dal diritto dell’Unione europea ovvero, nell’ordinamento interno, da disposizioni di legge o, nei casi previsti dalla legge, di regolamento che specifichino i tipi di dati che possono essere trattati, le operazioni eseguibili e il motivo di interesse pubblico rilevante, nonché le misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell’interessato» (D.lgs. n. 101/2018, art. 2-sexies, co. 1).

⁸⁸ RGPD, art. 9.4.

⁸⁹ Cfr. d.lgs. n. 101/2018, art. 2-septies, co. 1-2.

⁹⁰ D.lgs. n. 101/2018, art. 2-septies, co. 5.

⁹¹ Il Titolo V del Codice in materia di protezione dei dati personali comprende gli artt. da 75 a 94, ed è rubricato «Disposizioni specifiche per i trattamenti necessari per adempiere ad un obbligo legale o per l’esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all’esercizio di pubblici poteri nonché disposizioni per i trattamenti di cui al Capo IX del Regolamento».

in ambito sanitario», che fornisce indicazioni di dettaglio sui doveri incombenti in capo ai professionisti sanitari affinché sia garantito l'adempimento degli obblighi informativi inerenti alla raccolta e al successivo trattamento dei dati personali. In particolare, le forme attraverso cui tali obblighi sono espletati devono essere tali da evidenziare in maniera analitica l'eventualità di «rischi specifici per i diritti e le libertà fondamentali, nonché per la dignità dell'interessato»⁹². Il Codice procede poi a specificare alcune situazioni nell'ambito delle quali si ritiene che il trattamento dei dati presenti di per sé siffatto genere di rischi. Per le finalità proprie di questo lavoro, è opportuno ricordare che fra tali situazioni vi sono: il trattamento dei dati effettuato per il tramite di telemedicina (o teleassistenza); quello relativo alla prestazione di servizi o alla fornitura di beni effettuato tramite una rete di comunicazione elettronica; quello necessario ai fini dell'implementazione del fascicolo sanitario elettronico⁹³, dei sistemi di sorveglianza sanitaria e dei registri istituiti al fine di «registrare e caratterizzare tutti i casi di rischio per la salute, di una particolare malattia o di una condizione di salute rilevante in una popolazione definita»⁹⁴.

In questo contesto, un apporto fondamentale per far luce sui dubbi interpretativi sollevati a seguito dell'emanazione del RGPD è stato offerto dal Garante, a cui, peraltro, il legislatore nazionale, per il tramite del d.lgs. n. 101/2018⁹⁵, aveva affidato il compito di adottare misure di garanzia *ad hoc* e di promuovere l'adozione di regole deontologiche nell'ambito dei trattamenti aventi ad oggetto dati sanitari. A questo proposito, il Garante ha ritenuto opportuno «fornire alcuni chiarimenti sull'applicazione della disciplina di protezione dei dati in ambito sanitario»⁹⁶. Nello specifico, il Garante ha ribadito che al divieto di trattare le cc.dd. categorie particolari di dati personali ex art. 9 del Regolamento seguono una serie di eccezioni, tra cui, per quanto concerne i dati sanitari: motivi di interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri⁹⁷; motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica⁹⁸; finalità di medicina preventiva, diagnosi, assistenza o terapia sanitaria o sociale ovvero gestione dei sistemi e servizi sanitari e sociali⁹⁹. Da ciò discende che «Gli eventuali trattamenti attinenti, solo in senso lato, alla cura, ma non strettamente necessari, richiedono, quindi, anche se effettuati da professionisti della sanità, una distinta base giuridica da individuarsi, eventualmente, nel consenso dell'interessato o in un altro presupposto di liceità»¹⁰⁰. All'interno di questa categoria di trattamenti, il Garante annovera: i trattamenti relativi all'utilizzo di app mediche che non siano riconducibili alla telemedicina e quelli ai cui dati possano avere accesso soggetti sui quali non incombe l'onere del segreto professionale; i trattamenti rivolti alla fidelizzazione della clientela; i trattamenti effettuati in ambito sanitario da soggetti privati per finalità promozionali e/o commerciali; i trattamenti effettuati da professionisti sanitari per finalità commerciali o eletto-

⁹² Titolo V del Codice in materia di protezione dei dati personali, art. 78.5.

⁹³ Cfr. art. 12 d.l. n. 179/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 221/2012.

⁹⁴ Art. 12 d.l. n. 179/2012. Qui il riferimento è ai «registri di mortalità, di tumori e di altre patologie, di trattamenti costituiti da trapianti di cellule e tessuti e trattamenti a base di medicinali per terapie avanzate o prodotti di ingegneria tessutale e di impianti protesici».

⁹⁵ In particolare, artt. 2-septies e 2-quater. Ma si vedano anche gli artt. 20 e 21 dello stesso decreto che affidano al Garante il compito di verificare la compatibilità delle prescrizioni contenute nelle autorizzazioni generali sul trattamento dei dati sensibili al RGPD, compito che il Garante ha evaso con il provvedimento del 13 dicembre 2018 (n. 9068972).

⁹⁶ Cfr. il documento redatto dal Garante, *Chiarimenti sull'applicazione della disciplina per il trattamento dei dati relativi alla salute in ambito sanitario*, n. 9091942 del 7 marzo 2019.

⁹⁷ RGPD, art. 2, lett. g.

⁹⁸ RGPD, art. 9.2, lett. i.

⁹⁹ RGPD, art. 9.2 lett. h e art. 9.3. Rispetto a quest'ultima categoria di dati, in particolare, il Garante segnala che «Diversamente dal passato, quindi, il professionista sanitario, soggetto al segreto professionale, non deve più richiedere il consenso del paziente per i trattamenti necessari alla prestazione sanitaria richiesta dall'interessato», cfr. punto 1 dei *Chiarimenti sull'applicazione della disciplina per il trattamento dei dati relativi alla salute in ambito sanitario*, cit.

¹⁰⁰ RGPD, art. 9.2 lett. h e art. 9.3.

rali; i trattamenti effettuati attraverso il Fascicolo sanitario elettronico (FSE) di cui al d.l. n. 179/2012, nell'ambito del quale è richiesta l'acquisizione del consenso dell'interessato¹⁰¹.

Il Garante interviene anche in relazione ai trattamenti effettuati tramite il "dossier sanitario", il quale si distingue nettamente dal FSE. Se infatti quest'ultimo è costituito da «l'insieme dei dati e documenti digitali di tipo sanitario e socio-sanitario generati da eventi clinici presenti e trascorsi, riguardanti l'assistito»¹⁰², il primo, invece, è composto da «l'insieme dei dati personali generati da eventi clinici presenti e trascorsi riguardanti l'interessato, messi in condivisione logica a vantaggio dei professionisti sanitari che presso lo stesso titolare del trattamento lo assistono»¹⁰³. A questo proposito, il Garante ricorda come il consenso per l'inclusione dei dati personali all'interno del dossier fosse già richiesto dalle linee guida emanate dalla stessa autorità di controllo nel 2009, quindi anteriormente all'emanazione del RGPD¹⁰⁴. Tuttavia, il Garante stesso si riserva di «individuare, nell'ambito delle misure di garanzia da adottarsi sulla base dell'art. 2-septies del Codice, i trattamenti che, ai sensi dell'art. 9, par. 2, lett. h), possono essere effettuati senza il consenso dell'interessato»¹⁰⁵.

In questa sede deve essere anche ricordato che il Garante ha apportato un contributo fondamentale anche in sede di accertamento delle violazioni della privacy dei pazienti, soprattutto per quanto concerne le modalità di archiviazione elettronica dei dati sanitari¹⁰⁶. In questo contesto è emerso come spesso le misure di sicurezza adottate dalle istituzioni sanitarie interessate dall'attività di accertamento fossero inadeguate al fine di prevenire l'accesso a tali dati da parte di soggetti che, pur lavorando nella stessa azienda, non avevano diritto di accedervi. Come già messo in luce dalla stessa Autorità, infatti, i rischi principali riscontrati nel corso dell'attività ispettiva condotta in quest'ambito sono da ricondurre alla circostanza per cui

«nella maggior parte dei dossier sanitari esaminati gli stessi sono stati sviluppati in modo non strutturale e organizzato, bensì partendo da alcune iniziative estemporanee di informatizzazione delle cartelle cliniche di reparto o di ambulatorio e, quindi, senza tener conto del fatto che si andava predisponendo un sistema informativo in grado di gestire potenzialmente l'intera storia clinica di un individuo. Ciò ha determinato la realizzazione di sistemi in cui la mancanza di certezza sull'autenticità delle informazioni presenti, la possibilità che le stesse siano accessibili e modificabili da parte di soggetti non legittimati o siano persino diffuse, la non disponibilità delle stesse costituiscono rischi reali per lo più non considerati dalle strutture sanitarie almeno nelle prime fasi di realizzazione dei dossier»¹⁰⁷.

6. *La tempesta perfetta: la diffusione del CoViD-19 e la strategia (digitale) per il contenimento del contagio*

Come noto, la diffusione del CoViD-19 a livello globale ha avuto un impatto devastante sulla salute e sulla vita di moltissime persone, rendendo necessaria l'adozione di misure straordinarie per il contenimento del contagio tra la popolazione che, a loro volta, si sono tradotte in una re-

¹⁰¹ Cfr. art. 12, co. 5, nonché art. 79 del Codice novellato. Per un'analisi più ampia relativa a FSE e dossier sanitario si veda CALIFANO 2015.

¹⁰² Cfr. art. 12, d.l. n. 179/2012, cit.

¹⁰³ Cfr. le *Linee guida in materia di dossier sanitario*, Allegato A alla deliberazione del Garante del 4 giugno 2015, 6.

¹⁰⁴ Si veda la deliberazione del Garante del 4 giugno 2015, a cui le *Linee guida in materia di dossier sanitario* sono allegata.

¹⁰⁵ Cfr. il documento del Garante *Chiarimenti sull'applicazione della disciplina per il trattamento dei dati relativi alla salute in ambito sanitario*, cit.

¹⁰⁶ Si vedano i seguenti provvedimenti del Garante: n. 468 del 23 ottobre 2014, *Dossier sanitario elettronico e privacy dei pazienti*; n. 340 del 3 luglio 2014, *Trattamento di dati sanitari tramite il dossier sanitario aziendale*; n. 3 del 10 gennaio 2013, *Dossier sanitario e trattamento dei dati personali dei pazienti*; n. 610 del 18 dicembre 2014, *Illiceità nel trattamento di dati personali e sensibili presso una struttura ospedaliera*.

¹⁰⁷ *Linee guida in materia di dossier sanitario*, cit., p. 4.

strizione senza precedenti dei diritti e delle libertà individuali. All'imposizione di tali misure – utilizzo di dispositivi di protezione, distanziamento sociale e isolamento domiciliare – si è affiancata una notevole accelerazione dei processi di digitalizzazione, unica alternativa al prolungato periodo di chiusura di servizi e attività economiche ritenuti “non essenziali” disposto durante il c.d. *lockdown* della scorsa primavera.

Dall'inizio della pandemia ad oggi, sono stati riportati numerosi esempi di utilizzo di nuove tecnologie finalizzate al contenimento del contagio e, in particolare al controllo dell'osservanza delle disposizioni adottate in sede di decretazione d'emergenza al fine di proteggere la popolazione. Tra tali tecnologie vi sono: *termoscanner* all'ingresso di supermercati, farmacie, aeroporti e stazioni ferroviarie; braccialetti biometrici e droni, utilizzati da alcune forze di polizia per controllare gli individui sottoposti all'obbligo di quarantena; applicazioni per dispositivi mobili volte al “tracciamento di prossimità” – più comunemente noto come *contact tracing* –, il cui obiettivo è generare un sistema di allerta rivolto congiuntamente alle autorità sanitarie e a quegli utenti entrati “in contatto” con una persona con positività al virus. Lo sviluppo e la successiva adozione di queste applicazioni ha sollevato un grande dibattito tanto a livello nazionale quanto nel più ampio contesto europeo, data la molteplicità di questioni di carattere etico e giuridico sollevate dal loro utilizzo¹⁰⁸. Fra queste, un ruolo preponderante è stato assunto dalla tutela della privacy individuale, il cui livello di vulnerabilità dipende in concreto dalle configurazioni tecniche previste per il funzionamento di tali applicazioni, oltreché dal più ampio contesto normativo all'interno del quale le stesse sono destinate ad operare¹⁰⁹.

Come già evidenziato in precedenza, fermo restando il rispetto dei principi generali applicabili al trattamento dei dati personali, il RGPD ne consente la raccolta e il trattamento da parte delle autorità pubbliche anche a prescindere dal consenso dell'interessato, in particolare allorché ciò sia necessario per fare fronte a «gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero»¹¹⁰ quale, per esempio, quella attualmente rappresentata dalla diffusione del CoViD-19. Per quanto concerne il contesto europeo, la sperimentazione e l'adozione di queste applicazioni sono state seguite con attenzione dall'EDPB, il quale è intervenuto con una serie di documenti che si prefiggevano di guidarne lo sviluppo in piena conformità alle previsioni del RGPD e a quelle contenute nei principi fondamentali dei trattati d'integrazione europea, fra cui, in particolare, la Carta Europea dei diritti fondamentali. In questo contesto, l'EDPB ha rimarcato che

«La messa a punto delle app deve avvenire secondo criteri di responsabilizzazione, documentando attraverso una valutazione di impatto sulla protezione dei dati tutti i meccanismi messi in atto alla luce dei principi di *privacy by design* e *by default*; inoltre, il codice sorgente dovrebbe essere reso pubblico così da permettere la più ampia valutazione possibile da parte della comunità scientifica»¹¹¹.

L'EDPB, inoltre, ha raccomandato che l'adozione delle applicazioni di tracciamento avvenisse su base volontaria, ritenendo quest'ultima non solo più confacente ai valori dell'architettura giuridica

¹⁰⁸ Per un approfondimento del dibattito si rinvia ai contributi ospitati all'interno del Simposio “Privacy e Contact Tracing” organizzato dalla rivista MediaLaws, disponibili in: <https://www.dimt.it/news/simposio-medialaws-privacy-contact-tracing/> (consultato il 24/08/2020), e in particolare agli scritti di POLLICINO 2020 e PLUTINO 2020. Si vedano inoltre GADOTTI 2020 e MICOZZI 2020.

¹⁰⁹ Un'interessante iniziativa è quella del *Covid Tracking Project*, che riporta un elenco di tutte le app per *contact tracing* adottate nel mondo, con una valutazione relativa al livello di protezione della privacy individuale. Disponibile in: https://docs.google.com/spreadsheets/d/1ATaASO8KtZMx_zJREoOvFhonmB-sAqJ1-CjVRSCOw/edit#gid=0 (consultato il 24/08/2020).

¹¹⁰ RGPD, art. 9.2, lett. i.

¹¹¹ EDPB, *Lettera della Presidente alla Commissione europea sul Progetto di linee-guida in materia di app per il contrasto della pandemia dovuta al Covid-19*, (14/04/2020), disponibile in: <https://www.osservatoriosullefonti.it/emergenza-covid-19/autorita-di-regolazione/european-data-protection-board-edpb/3002-emcovid-edpb/> (consultato il 24/08/2020).

europea, ma anche per stimolare l'assunzione di "responsabilità" da parte della popolazione nel contrasto alla pandemia¹¹². L'EDPB si è espressa anche in merito all'opportunità di utilizzare i dati di localizzazione dei dispositivi mobili degli utenti raccolti presso i fornitori dei servizi di telecomunicazioni, evidenziando come, in linea di principio, la Direttiva *ePrivacy*¹¹³ consenta agli Stati membri di introdurre misure legislative di carattere eccezionale volte alla salvaguardia della sicurezza pubblica¹¹⁴. Tuttavia, come parimenti evidenziato dallo stesso EDPB

«Tale legislazione eccezionale è possibile solo se costituisce una misura necessaria, adeguata e proporzionata all'interno di una società democratica. Tali misure devono essere conformi alla Carta dei diritti fondamentali e alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Inoltre, esse sono soggette al controllo giurisdizionale della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo»¹¹⁵.

In particolare, la Direttiva *ePrivacy* prevede che i dati relativi alla localizzazione dei dispositivi mobili – che devono essere distinti dai dati del "traffico" telefonico avvenuto per il loro tramite – possono essere trasmessi dai fornitori dei servizi di telecomunicazioni alle autorità (o a terzi) solo previa loro sottoposizione a procedimento di anonimizzazione o laddove la stessa trasmissione sia stata autorizzata dagli interessati¹¹⁶. In un secondo momento, tuttavia, l'EDPB sembra mutare orientamento con riferimento all'opportunità e alla necessità di utilizzare i dati di localizzazione dei dispositivi mobili. Invero, nella Lettera inviata alla Commissione europea in data 14 aprile 2020 si afferma che la localizzazione dei dispositivi mobili non è necessaria per il funzionamento delle app di *contact tracing* poiché il loro obiettivo primario

«non è seguire gli spostamenti individuali o imporre il rispetto di specifiche prescrizioni, bensì individuare eventi (il contatto con soggetti positivi) che hanno natura probabilistica e che possono anche non verificarsi per la maggioranza degli utenti, soprattutto nella fase post-emergenziale. Raccogliere dati sugli spostamenti di una persona durante il funzionamento di un'app di tracciamento dei contatti configurerebbe una violazione del principio di minimizzazione dei dati, oltre a comportare gravi rischi in termini di sicurezza e privacy»¹¹⁷.

Infine, l'EDPB ha ricordato che l'uso di app di *contact tracing* deve essere interrotta, e con essa anche l'archiviazione dei dati raccolti per il loro tramite, nel momento in cui la trasmissione del virus cessa di rappresentare un pericolo per la salute pubblica.

Per quanto riguarda il nostro paese, il 23 marzo scorso, in pieno contesto emergenziale, il Governo, in collaborazione con l'Istituto Superiore della Sanità e l'Organizzazione Mondiale della Sanità, ha adottato una "Fast Call" volta a identificare «tecnologie e strategie basate sulle tecnologie per il "monitoraggio attivo" del rischio di contagio»¹¹⁸. La Call ha condotto – pur a seguito di

¹¹² EDPB, *Lettera della Presidente alla Commissione europea europea sul Progetto di linee-guida in materia di app per il contrasto della pandemia dovuta al Covid-19*, (14/04/2020), cit.

¹¹³ Cfr. art. 15 Direttiva 2002/58/CE.

¹¹⁴ EDPB, *Dichiarazione sul trattamento dei dati personali nel contesto dell'epidemia di COVID-19* (19/03/2020), disponibile in: <https://www.osservatoriosullefonti.it/emergenza-covid-19/autorita-di-regolazione/european-data-protection-board-edpb/2841-emcovid-edpb> (consultato il 24/08/2020).

¹¹⁵ EDPB, *Dichiarazione sul trattamento dei dati personali nel contesto dell'epidemia di COVID-19* (19/03/2020), cit.

¹¹⁶ Cfr. art. 9 Direttiva 2002/58/CE.

¹¹⁷ EDPB, *Lettera della Presidente alla Commissione europea europea sul Progetto di linee-guida in materia di app per il contrasto della pandemia dovuta al Covid-19* (14/04/2020), cit.

¹¹⁸ La Call intitolata "Telemedicina e Data Analysis" era anche rivolta a identificare soluzioni e tecnologie relative ad app di telemedicina e assistenza domiciliare dei pazienti affetti da CoViD-19. Per un'analisi delle iniziative di promozione della telemedicina nel corso dell'emergenza sanitaria sia consentito rinviare a BOTRUGNO 2020a.

ritardi e polemiche¹¹⁹ – all’adozione dell’applicazione di tracciamento denominata “Immuni”. La sua adozione su tutto il territorio nazionale è stata preceduta da un periodo di sperimentazione che ha coinvolto quattro regioni italiane e, infine, suggellata dall’autorizzazione del Garante per la protezione dei dati personali¹²⁰, il quale ha ritenuto che il trattamento effettuato nell’ambito della stessa fosse proporzionato «essendo state previste misure volte a garantire in misura sufficiente il rispetto dei diritti e le libertà degli interessati, che attenuano i rischi che potrebbero derivare da trattamento»¹²¹. Lo stesso Garante, tuttavia, ha posto particolare enfasi sui doveri informativi a beneficio degli utenti dell’applicazione, doveri che avrebbero dovuto includere indicazioni relative alla non completa affidabilità delle rilevazioni effettuate per il suo tramite:

«Sulla base della valutazione d’impatto trasmessa dal Ministero, tenuto conto della complessità del sistema di allerta e del numero dei soggetti potenzialmente coinvolti, il Garante ha comunque ritenuto di dare una serie di misure volte a rafforzare la sicurezza dei dati delle persone che scaricheranno la app. [...] In particolare, l’Autorità ha chiesto che gli utenti siano informati adeguatamente in ordine al funzionamento dell’algoritmo di calcolo utilizzato per la valutazione del rischio di esposizione al contagio. E dovranno essere portati a conoscenza del fatto che il sistema potrebbe generare notifiche di esposizione che non sempre riflettono un’effettiva condizione di rischio. Gli utenti dovranno avere inoltre la possibilità di disattivare temporaneamente l’app attraverso una funzione facilmente accessibile nella schermata principale»¹²².

Ulteriori cautele sono state previste dal Garante al fine di impedire che i dati raccolti attraverso l’applicazione di tracciamento potessero essere riutilizzati per finalità non previste dalla norma che ne aveva sancito l’utilizzo, e quindi per garantire la trasparenza e la sicurezza del trattamento effettuato «a fini statistico-epidemiologici», evitando, nello specifico, «ogni forma di riassociazione a soggetti identificabili e adottando idonee misure di sicurezza e tecniche di anonimizzazione»¹²³. Infine, il Garante ha raccomandato la definizione di «misure tecniche e organizzative per mitigare i rischi derivanti da falsi positivi»¹²⁴, raccomandazione che rimanda a una serie di profili critici relativi al funzionamento di questo strumento, evidenziati anche all’interno della Relazione *ad hoc* pubblicata dal Copasir in data 16 maggio 2020¹²⁵.

7. Conclusioni. Circolazione, riutilizzo e vulnerabilità: le sfide aperte nella protezione dei dati

Come evidenziato all’interno di questo lavoro – in particolare, *supra*, § 4 – l’emanazione del RGPD ha suggellato il legame indissolubile tra la protezione dei dati personali e la loro “libera”

¹¹⁹ Polemiche e ritardi sono stati riscontrati anche in altri paesi europei, tra cui il Regno Unito, dove l’adozione dell’app di tracciamento è stata fortemente contestata proprio sotto il profilo del rispetto della privacy (si veda quanto riportato dai media britannici, <https://www.theguardian.com/technology/2020/may/05/uk-racing-to-improve-contact-tracing-apps-privacy-safeguards>; <https://www.theguardian.com/commentisfree/2020/apr/25/contact-apps-wont-end-lockdown-but-they-might-kill-off-democracy>, consultati il 24/08/2020). Simili preoccupazioni sono state espresse in Francia (<https://www.lesechos.fr/tech-medias/hightech/coronavirus-les-risques-des-applis-de-tracage-pour-la-vie-privee-1197871>, consultato il 24/08/2020).

¹²⁰ Parere del 1° giugno 2020, disponibile in: <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9356588> (consultato il 24/08/2020).

¹²¹ Parere del 1° giugno 2020, cit.

¹²² Parere del 1° giugno 2020, cit.

¹²³ Parere del 1° giugno 2020, cit.

¹²⁴ Parere del 1° giugno 2020, cit.

¹²⁵ Cfr. *Relazione sui profili di sicurezza del sistema di allerta Covid-19 previsto dall’articolo 6 del decreto-legge n. 28 del 30 aprile 2020*, disponibile in: <http://documenti.camera.it/dati/leg18/lavori/documentiparlamentari/IndiceETesti/034/002/INTERO.pdf> (consultato il 24/08/2020).

circolazione nello spazio europeo. L'importanza di tale legame, peraltro, è confermata dalla Comunicazione della Commissione europea 2018/232, evocativamente intitolata *Verso uno spazio comune europeo dei dati* la quale rimanda alla creazione di «un'area digitale senza soluzione di continuità, la cui scala consenta lo sviluppo di nuovi prodotti e servizi basati sui dati»¹²⁶. Com'è evidente dal tenore della stessa Comunicazione – «I dati sono la materia prima del mercato unico digitale»¹²⁷ –, così come dagli orientamenti espressi all'interno di ulteriori atti adottati in questo settore¹²⁸ il perseguimento di uno spazio comune europeo dei dati è legato alla volontà di sfruttare i «vantaggi socioeconomici» offerti dal loro utilizzo. Con riferimento più specifico all'ambito sanitario, ivi si legge che all'Unione europea spetta il compito di «stimolare l'innovazione nelle soluzioni sanitarie, quali telemedicina e applicazioni mobili per la salute, come indicato nella revisione intermedia del mercato unico digitale e in piena conformità alla legislazione sulla protezione dei dati»¹²⁹. In questo contesto, la Commissione europea ha identificato tre aree strategiche da sviluppare:

«i) accesso sicuro dei cittadini ai dati sanitari e condivisione degli stessi; ii) dati migliori per la promozione della ricerca, la prevenzione delle malattie e l'assistenza sanitaria personalizzata; iii) strumenti digitali per dare maggiori poteri e autonomia ai cittadini e per un'assistenza incentrata sulla persona»¹³⁰.

La volontà di creare uno spazio comune europeo dei dati va letta congiuntamente all'emanazione del Regolamento 2018/1807/UE sulla libera circolazione dei dati non personali nell'area dell'Unione, il quale si prefigge un obiettivo ambizioso, ovvero l'introduzione di una «quinta libertà» di circolazione, che si affianca pertanto a quelle relative a merci, servizi, capitali, e persone, che rappresentano un pilastro fondamentale nell'intero processo di integrazione europea. Per consentire il perseguimento di quest'obiettivo, il Regolamento ha imposto l'eliminazione degli obblighi di localizzazione «a meno che siano giustificati da motivi di sicurezza pubblica nel rispetto del principio di proporzionalità»¹³¹. In questo modo, si aspira a creare un mercato unico europeo per i servizi di archiviazione (*hosting*) e gli altri servizi di trattamento dei dati, sfruttando così le enormi opportunità di crescita legate all'economia dei dati¹³², che secondo una stima recente si attestano in un valore superiore ai 106 miliardi per il 2020¹³³. Il Regolamento, inoltre, prevede che le autorità competenti mantengano la facoltà di «chiedere od ottenere l'accesso a dati ai fini dell'esercizio delle loro funzioni ufficiali conformemente al diritto dell'Unione o nazionale. L'accesso ai dati da parte delle autorità competenti non può essere rifiutato per il fatto che i dati sono trattati in un altro Stato membro»¹³⁴.

¹²⁶ Commissione Europea, Comunicazione 2018/232, *Verso uno spazio comune europeo dei dati*, 1.

¹²⁷ Commissione Europea, Comunicazione 2018/232, *Verso uno spazio comune europeo dei dati*, 2.

¹²⁸ *Ex multis*, cfr. Commissione europea, Comunicazione 2017/228, cit.

¹²⁹ Commissione Europea, Comunicazione 2018/232, cit., 1.

¹³⁰ Commissione Europea, Comunicazione 2018/232, 4.

¹³¹ Cfr. art. 4.1 del Regolamento 2018/1807/UE del 14 novembre 2018 relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea.

¹³² All'interno della già menzionata Comunicazione della Commissione europea 2017/228, 2, si legge che «Il valore dell'economia dei dati nell'UE è stato stimato a 257 miliardi di euro nel 2014, pari all'1,85% del PIL dell'UE, passati a 272 miliardi di euro nel 2015, ossia all'1,87% del PIL dell'UE (per un incremento annuo del 5,6%). La stessa stima prevede che, istituendo per tempo un assetto programmatico e giuridico per l'economia dei dati, il suo valore potrà raggiungere i 643 miliardi di euro nel 2020, pari al 3,17% del PIL complessivo dell'UE».

¹³³ Tale stima, contenuta all'interno della proposta di Regolamento sulla libera circolazione dei dati non personali (COM/2017/0495) è ricavata dalla relazione *IDC and Open Evidence, European Data Market*, nella versione finale del febbraio 2017 (SMART 2013/0063). Cfr. anche *Free Flow of Non-Personal Data Factsheet*, disponibile in: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/free-flow-non-personal-data> (consultato il 24/08/2020).

¹³⁴ Commissione europea, *Evaluation and review of Directive 2002/58 on privacy and the electronic communication sector*, cit., art. 5.

Sebbene sulla carta la protezione dei dati personali e la libera circolazione di quelli non personali appaiano nettamente distinguibili, all'atto pratico le interferenze tra l'una e l'altra possono essere plurime. Non appare superfluo ricordare che la categoria dei dati non personali comprende tanto le informazioni impersonali per natura e che, in quanto tali quindi, non consentono l'identificazione dei soggetti presso le quali sono state raccolte, tanto le informazioni personali che sono state sottoposte a un procedimento di anonimizzazione o spersonalizzazione in un momento successivo a quello della loro raccolta. Considerata la loro intrinseca natura, tuttavia, il trattamento dei dati sanitari consente nella maggior parte dei casi l'identificabilità del soggetto interessato, dal che discende che la libera circolazione dei dati sanitari interessa per lo più le informazioni personali sottoposte a procedimento di anonimizzazione. A quest'ultimo proposito, tuttavia, come già ricordato *supra* (§ 4), i procedimenti di anonimizzazione restano comunque soggetti alle notevoli possibilità di *reverse engineering* offerte dalle nuove tecnologie, il che si traduce in un rischio per le informazioni personali.

Alla libera circolazione dei dati (sanitari e non) si lega indissolubilmente il loro riutilizzo, il quale è affrontato dal RGPD al considerando n. 50. Secondo quest'ultimo, il riutilizzo «dovrebbe essere consentito solo se compatibile con le finalità per le quali i dati personali sono stati inizialmente raccolti. In tal caso non è richiesta alcuna base giuridica separata oltre a quella che ha consentito la raccolta dei dati personali». In particolare, a proposito dell'ottenimento del consenso, ivi si precisa che, per esempio, il riutilizzo di dati previamente raccolti per finalità di «archiviazione nel pubblico interesse, o di ricerca scientifica o storica o a fini statistici dovrebbe essere considerato un trattamento lecito e compatibile». Per stabilire se le finalità perseguite nell'ambito del riutilizzo dei dati siano legittime in virtù di una loro compatibilità con quelle originarie, sempre al considerando n. 50, si attribuisce al titolare l'onere di verificare «ogni nesso» intercorrente tra le une e le altre, così come, più in generale, di tenere conto

«del contesto in cui i dati personali sono stati raccolti, in particolare le ragionevoli aspettative dell'interessato in base alla sua relazione con il titolare del trattamento con riguardo al loro ulteriore utilizzo; della natura dei dati personali; delle conseguenze dell'ulteriore trattamento previsto per gli interessati; e dell'esistenza di garanzie adeguate sia nel trattamento originario sia nell'ulteriore trattamento previsto».

Nell'ambito del riutilizzo dei dati, una posizione preminente è assunta dalla ricerca biomedica, soprattutto in considerazione del fatto che la diffusione delle TIC in ambito sanitario favorisce la creazione di grandi archivi di informazioni, concepiti anche al fine di un loro riutilizzo in forma aggregata, ovvero, come dianzi accennato, previo procedimento di anonimizzazione. Come è stato adeguatamente sottolineato, questa possibilità ha rivoluzionato il paradigma della ricerca quantitativa nel settore delle scienze della salute:

«I Big Data stanno profondamente modificando la metodologia di ricerca, e con essa la gamma di applicazioni pubbliche e private dei nuovi approfondimenti raccolti con il loro utilizzo. Le fonti di Big Data potenzialmente preziose per i ricercatori medici comprendono cartelle cliniche elettroniche e fascicoli sanitari elettronici, dati di studi clinici aggregati, dati amministrativi di assistenza sanitaria, e dati genomici e altri -omics, ma sono sempre più integrate ed integrabili con dati raccolti da applicazioni utilizzate per altre finalità e con dati ambientali sempre più ampi e granulari» (COMANDÉ 2019, 18).

Tuttavia, si è parimenti messo in evidenza come lo strumento dell'anonimizzazione, inteso quale punto di equilibrio ideale tra la tutela della privacy e il riutilizzo delle informazioni personali, possa, *in limine*, frustrare entrambe le esigenze dal momento che, da una parte, non garantisce in assoluto dal rischio di re-identificazione, mentre dall'altra può avere per effetto quello di atte-

nuare o limitare fortemente il potenziale dei dati stessi, almeno nella misura in cui un numero cospicuo di informazioni (personali) sono oscurate o rimosse:

«la capacità dell’anonimato di offrire reale tutela è sempre più messa in discussione specialmente di fronte alle tecnologie di *data mining*. Del resto, per essere un minimo efficace, il processo di anonimizzazione dovrebbe eliminare un numero eccessivo di dati, normalmente vitali per i nuovi approcci alla ricerca, senza al contempo eliminare i rischi di discriminazione per gruppi che sono stati evidenziati in letteratura» (COMANDÉ 2019, 189).

In questo contesto, pertanto, una sfida aperta nell’ambito della protezione dei dati, in particolar modo quelli sanitari, è rappresentata dalla stessa dicotomia “dato personale” vs “dato anonimo”, che all’atto pratico si rivela molto meno lineare di quanto possa apparire all’interno delle disposizioni del RGPD. Sempre nell’ambito della ricerca scientifica, un’ulteriore insidia sorge in relazione all’apposizione del consenso dell’interessato per il riutilizzo dei propri dati personali. A questo proposito, il considerando n. 33 del RGPD mette opportunamente in rilievo come non sempre sia possibile identificare

«la finalità del trattamento dei dati personali a fini di ricerca scientifica al momento della raccolta dei dati. Pertanto, dovrebbe essere consentito agli interessati di prestare il proprio consenso a taluni settori della ricerca scientifica laddove vi sia rispetto delle norme deontologiche riconosciute per la ricerca scientifica. Gli interessati dovrebbero avere la possibilità di prestare il proprio consenso soltanto a determinati settori di ricerca o parti di progetti di ricerca nella misura consentita dalla finalità prevista».

La possibilità di prevedere un «consenso ampio e modulare» (COMANDÉ 2019, 190) per il riutilizzo dei dati per finalità di ricerca, sebbene, *ictu oculi*, sembri contravvenire il tenore dei principi generali del Regolamento, che invece richiede un consenso esplicito per finalità parimenti esplicite, pur tuttavia può essere legittimato dallo stesso, a condizione che siano rispettati i requisiti previsti all’art. 9.2, lett. j¹³⁵.

Da diversa prospettiva, una sfida ulteriore per la protezione dei dati sanitari è quella relativa alla loro estrema vulnerabilità, connotazione che deriva direttamente dalla loro intrinseca appetibilità, soprattutto per coloro che sono in grado di processarli e trarne profitto. Come sottolineato in apertura di questo lavoro, infatti, i processi di digitalizzazione della sanità e la promozione di servizi tecnologicamente mediati espongono inevitabilmente le informazioni veicolate per il loro tramite al rischio di accessi non autorizzati e altre forme di abuso dei dati. L’allarme sulla vulnerabilità dei dati relativi alla salute è stato lanciato da voci autorevoli, tra cui il *Journal of American Medical Association*, che in un editoriale (LIU et al. 2015) ha rimarcato come, stante l’evoluzione dei processi di digitalizzazione in sanità, gli episodi di violazione della privacy individuale sono destinati ad aumentare. Questa previsione, peraltro, trova già riscontro in alcune stime che riportano incrementi costanti delle violazioni della privacy in ambito sanitario nel triennio 2015-2017¹³⁶. Un aspetto peculiare evidenziato all’interno di queste ultime analisi è quello che concerne l’adozione di atteggiamenti ritenuti inadeguati da parte dei professionisti sanitari che hanno diritto di accesso ai dati dei pazienti. Errori e superficialità da parte di questi ultimi, invero, sembrano sempre assumere un ruolo preponderante nell’accresciuta vulnerabilità della privacy dei pazienti:

¹³⁵ Per un approfondimento sul punto si rinvia a COMANDÉ 2019. Per una prospettiva comparatistica si veda invece AMRAN 2019.

¹³⁶ Cfr. il 2018 *Data Breach Investigation Report*, disponibile in: https://www.verizonenterprise.com/resources/reports/rp_DBIR_2018_Report_execsummary_en_xg.pdf (consultato il 24/08/2020).

«L'errore umano è fra i fattori principali che contribuiscono a questo rischio. Inoltre, i professionisti spesso abusano della loro posizione per accedere ai dati personali dei pazienti, sebbene in circa il 13% dei casi, tale accesso sia effettuato per divertimento o curiosità – come il caso in cui il paziente sia un personaggio pubblico»¹³⁷.

Il “fattore umano”, peraltro, assume una rilevanza fondamentale con riferimento alla diffusione delle TIC, oggi utilizzate in misura crescente non solo per l'archiviazione dei dati sanitari e per l'erogazione di servizi a distanza, ma anche per l'elaborazione di diagnosi e prescrizioni terapeutiche in forma automatica o semi-automatica. Non è un caso che il funzionamento dei sistemi sanitari – e, per certi versi, la stessa conoscenza medica – si fondi in maniera sempre più consistente su processi di quantificazione numerica, una tendenza che alcuni hanno ridefinito in termini di *datafication* della salute (WALLENBURG, BAL 2018; LUN 2018). Le implicazioni di questa tendenza restano in larga parte da esplorare e riguardano elementi fondamentali che vanno dall'organizzazione dei sistemi sanitari alla garanzia dei diritti fondamentali, passando per l'influenza che l'elaborazione dei *big data* sta assumendo sulla stessa epistemologia medica (BOTRUGNO 2020b).

In questo contesto, pertanto, sembra possibile affermare che l'idea della protezione dei dati personali è messa a dura prova dall'emersione di molteplici spinte volte a raccogliere, archiviare, elaborare e riutilizzare i dati (sanitari e non), a cui si correlano numerose possibilità di sfruttamento economico, il tutto in un contesto di crescente penetrazione delle nuove tecnologie all'interno dei sistemi sanitari odierni. Basti ricordare che la stessa Unione europea ha sposato una visione all'interno della quale i dati sono considerati il volano dello sviluppo economico dei prossimi decenni, nonché un fattore chiave per poter reggere il confronto economico e geopolitico con le altre potenze globali.

Pertanto, è possibile concludere che, per effetto dei processi di digitalizzazione che interessano le società contemporanee – e i sistemi sanitari in particolare –, la *privacy* dell'individuo, lungi dall'essere realmente “privativa”, ovvero, esclusiva della persona a cui le informazioni stesse pertengono, va sempre più connotandosi alla stregua di una serie controllata di accessi e restrizioni per finalità e secondo modalità ritenute socialmente legittime. Questa transizione è resa evidente anche dalla progressiva emersione del diritto di opposizione (il c.d. *opting out*) anche al di là della figura consacrata all'art. 21 del RGPD – la quale riconosce a determinate condizioni, il diritto dell'interessato di opporsi al trattamento di dati che lo riguardano. Nel più ristretto ambito sanitario, invero, la figura dell'*opt-out* si è consolidata quale possibilità concessa all'utente del sistema sanitario di negare il proprio consenso alla creazione di fascicoli elettronici in cui sarebbero affluiti tutti i propri dati. È in caso in particolare dei servizi sanitari nazionali di Regno Unito e Australia che, in forme diverse, hanno imposto una *deadline* ai propri utenti per l'esercizio di quest'opposizione. In questo contesto, pertanto, l'*opting-out* si sta configurando alla stregua di una forma di resistenza contro i processi di digitalizzazione in sanità, una sorta di “diritto di uscita” (BOTRUGNO 2020b, 75 ss.) che rappresenta il rovescio della medaglia, d'ispirazione garantista, di società e sistemi sanitari ormai manifestamente votati a fagocitare il maggior numero possibile di informazioni personali.

¹³⁷ 2018 *Data Breach Investigation Report*, cit., 2, traduzione dall'originale in inglese.

Riferimenti Bibliografici

- AMRAM D. 2019. *L'Ulisse "accountable". Ricerca e protezione dei dati personali concernenti la salute: il tentativo di armonizzazione al livello europeo "post" GDPR e le interpretazioni offerte dai sistemi irlandese, belga, spagnolo e italiano*, in «Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario», 1, 2019, 209 ss.
- BASSINI M. 2016. *La svolta della privacy europea: il nuovo pacchetto sulla tutela dei dati personali*, in «Quaderni Costituzionali», 3, 2016, 587 ss.
- BOTRUGNO C. 2016. *La diffusione della telemedicina nella pratica medica ordinaria: verso un'etica ad hoc*, in «Ragion Pratica», 46, 2016, 185 ss.
- BOTRUGNO C. 2018a. *Telemedicine in Daily Practice: Addressing Legal Challenges while Waiting for an EU Regulatory Framework*, in «Health Policy and Technology», 7, 2018, 131 ss.
- BOTRUGNO C. 2018b. *Telemedicina e trasformazione dei sistemi sanitari. Un'indagine di bioetica*, Aracne.
- BOTRUGNO C. 2020a. *Telemedicina ed emergenza sanitaria: un grande rimpianto per il nostro paese*, in «Biolaw Journal», 1 (numero speciale), 2020, 691 ss.
- BOTRUGNO C. 2020b. *La nuova geografia del diritto alla salute. Innovazione tecnologica, relazioni spaziali e forme di sapere*, IF Press.
- CALIFANO L. 2015. *Fascicolo sanitario elettronico (Fse) e dossier sanitario. Il contributo del Garante privacy al bilanciamento tra diritto alla salute e diritto alla protezione dei dati personali*, in «Sanità pubblica e privata», 3, 2015, 7 ss.
- COLAPIETRO C. 2018. *I principi ispiratori del Regolamento UE 2016/679 sulla protezione dei dati personali e la loro incidenza sul contesto normativo nazionale*, in «Federalismi.it», 22, 2018, 1 ss.
- COMANDÉ G. 2019. *Ricerca in sanità e data protection un puzzle... risolvibile*, in «Rivista Italiana di Medicina Legale», 1, 2019, 187 ss.
- CUFFARO V. 2018. *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali*, in «Contratto e Impresa», 3, 2018, 1098 ss.
- DUCATO R. 2016. *La crisi della definizione di dato personale nell'era web 3.0*, in CORTESE F., TOMASI M. (eds.), *Le definizioni nel diritto*, Quaderni della facoltà di giurisprudenza, 164 ss.
- EYSENBACH G. 2001. *What Is e-Health?*, in «Journal of Medical Internet Research», 3, 2, 2001, 1 ss.
- FINOCCHIARO G. 2015. *La giurisprudenza della corte di giustizia in materia di dati personali da Google Spain a Scherms*, in «Diritto dell'informazione e dell'informatica», 31, 4/5, 2015, 779 ss.
- FINOCCHIARO G. 2017. *Introduzione al Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali*, in «Le nuove leggi civili commentate», 1, 2017, 1 ss.
- FINOCCHIARO G. 2018. *Riflessioni sul poliedrico Regolamento europeo sulla privacy*, in «Quaderni Costituzionali», 4, 2018, 895 ss.
- GADOTTI A. 2020. *Privacy e contact tracing: cosa può andare storto? Ecco i rischi concreti*, in «Agenda Digitale». Disponibile in: <https://www.agendadigitale.eu/sicurezza/privacy/privacy-e-contact-tracing-cosa-puo-andare-storto-unanalisi-dei-rischi-concreti/>. (consultato l'11/01/2021).
- GRANIERI M. 2017. *Il trattamento di categorie particolari di dati personali nel reg. Ue 2016/679*, in «Le nuove leggi civili commentate», 1, 2017, 165 ss.
- LIU V., MUSEN A., CHOU T. 2015. *Data Breaches of Protected Health Information in the United States*, in «Journal of American Medical Association», 313, 14, 2015, 1471 ss.
- LUCCHINI GUASTALLA E. 2018. *Il nuovo Regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in «Contratto e Impresa», 1, 2018, 106 ss.

- LUN K. 2018. *The Datafication of Everything - Even Toilets*, in «Yearbook of Medical Informatics», 27, 1, 2018, 234 ss.
- LUPTON D. 2013. *The Digitally Engaged Patient: Self-Monitoring and Self-Care in the Digital Era*, in «Social Theory and Health», 11, 2013, 256 ss.
- MARIOTTINI C.M. 2016. *Il pacchetto di riforma della Commissione Europea in materia di protezione dei dati personali*, in «Rivista di diritto internazionale privato e processuale», 3, 2016, 905, ss.
- MICOZZI P. 2020. *Le tecnologie, la protezione dei dati e l'emergenza coronavirus: rapporto tra il possibile e il legalmente consentito*, in «Biolaw Journal», 1 (numero speciale), 2020, 623 ss.
- MILLIGAN C., ROBERTS C., MORT M. 2011. *Telecare and Older People: Who Cares Where?*, in «Social Science & Medicine», 72, 3, 2011, 347 ss.
- MORT M., ROBERTS C., CALLÉN B. 2013. *Ageing with Telecare: Care or Coercion in Austerity?*, in «Sociology of Health and Illness», 35, 6, 2013, 799 ss.
- PEDRAZZI G. 2019. *Il ruolo del responsabile della protezione dei dati (DPO) nel settore sanitario*, in «Rivista Italiana di Medicina Legale», 1, 2019, 179 ss.
- PIRAINO F. 2017. *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in «Le nuove leggi civili commentate», 2, 2017, 369 ss.
- PIZZETTI F. 2018. *La protezione dei dati personali dalla direttiva al nuovo regolamento: una sfida per le Autorità di controllo e una difesa per la libertà dei moderni*, in «Media Laws», 1, 2018, 103 ss.
- PLUTINO M. 2020. *Immuni. Un'app assicurante in punto di tutela di diritti ma a forte rischio di esternalità negative*, in «Agenda Digitale». Disponibile in: <http://www.medialaws.eu/immuni-unapp-rassicurante-in-punto-di-tutela-di-diritti-ma-a-forte-rischio-di-esternalita-negative/> (consultato il 24/08/2020).
- POLLICINO O. 2014. *Interpretazione o manipolazione? La Corte di giustizia definisce un nuovo diritto alla privacy digitale*, in «Federalismi.it», 3, 2014, 1 ss.
- POLLICINO O. 2020. *Fighting Covid-19 and Protecting Privacy. A Proposal in the Light of the Roots of European Constitutional Law*, in «Media Laws», disponibile in: <http://www.medialaws.eu/fighting-covid-19-and-protecting-privacy-a-proposal-in-the-light-of-the-roots-of-european-constitutional-law/> (consultato il 24/08/2020).
- PURTOVA N. 2018. *The Law of Everything. Broad Concept of Personal Data and Future of EU Data Protection Law*, in «Law, Innovation and Technology», 10, 1, 2018, 40 ss.
- STANZIONE M.G. 2016. *Il regolamento europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione*, in «Europa e Diritto Privato», 4, 2016, 1249 ss.
- THIENE A. 2017. *Segretezza e riappropriazione di informazioni di carattere personale: riserbo e oblio nel nuovo Regolamento europeo*, in «Le nuove leggi civili commentate», 2, 2017, 410 ss.
- TOMMASI C. 2019. *La nuova disciplina europea sulla protezione dei dati personali*, in «Studium Iuris», 1, 2019, 6 ss.
- WALLENBURG I., BAL R. 2018. *The Gaming Healthcare Practitioner: How Practices of Datafication and Gamification Reconfigure Care*, in «Health Informatics Journal», 25, 3, 2018, 549 ss.

POR UNA GENEALOGÍA DE LA CONSTITUCIÓN

MAURICIO MALDONADO-MUÑOZ



Por una genealogía de la constitución

Towards a Genealogy of the Constitution

MAURICIO MALDONADO-MUÑOZ

Profesor de filosofía del derecho, Universidad San Francisco de Quito.

E-mail: mmaldonadom@usfq.edu.ec

ABSTRACT

En este trabajo se pretende realizar un ejercicio histórico-reconstructivo, genealógico, del concepto de constitución, en una periodización cuádruple: (1) la constitución de los antiguos, (2) la constitución de los medievales, (3) la constitución de los modernos, (4) la constitución de los contemporáneos.

This paper aims to carry out a genealogical, historical-reconstructive exercise on the concept of constitution, in a quadruple periodization: 1) the ancient constitution, 2) the medieval constitution, 3) the modern constitution, and 4) the contemporary constitution.

KEYWORDS

Constitución, Constitucionalismo, Forma de gobierno, División de poderes, Derechos

Constitution, Constitutionalism, Form of government, Separation of powers, Rights

Por una genealogía de la constitución

MAURICIO MALDONADO-MUÑOZ

1. *Introducción* – 2. *La constitución de los antiguos* – 3. *La constitución medieval* – 4. *La constitución de los modernos* – 5. *La constitución de los contemporáneos* – 6. *Palabras finales*.

Cuando se indica el origen literario de una idea, no se ha mostrado sin más, en manera alguna, la historia de su significación práctica. La historia de la Política es hoy todavía demasiado mera historia de la literatura, y, en cambio, muy poco la historia de las instituciones mismas. El número de ideas políticas nuevas es muy escaso; la mayoría de ellas parecen haber sido conocidas ya por las más antiguas doctrinas del Estado. Y, sin embargo, las Instituciones están en perpetua transformación, debiendo ser comprendidas en su evolución histórica particular.

(Georg Jellinek, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*)

Chi serve meglio la storia: il classificatore, per quanto maldestro, o l'unificatore troppo sicuro di sé?

(Norberto Bobbio, *Lettera a Nicola Matteucci*)

1. *Introducción*

Mauro Barberis propone una distinción que estimo particularmente interesante a efectos de la reconstrucción de la que podríamos llamar una “historia de la constitución” –incluso del “constitucionalismo”– políticamente neutra (ello, en cuanto no resulta comprometida in primis con la defensa de alguna ideología del constitucionalismo, sino que busca rastrear las huellas del movimiento)². Una historia, bien se diga, que pretenda registrar los usos históricos del concepto,

* Versiones previas de este artículo fueron presentadas en la iniciativa Cathedra (9 de abril de 2020), en el seminario “In vino veritas” del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito (14 de agosto de 2020) y en el grupo de discusión “Los Magios” (16 de octubre de 2020). Agradezco a Andrés Cervantes por su generosa invitación a la iniciativa Cathedra. Agradezco asimismo a Juan Pablo Aguilar, Juan Carlos Prado, Daniela Salazar, Farith Simon y Jaime Vintimilla por sus valiosas observaciones en el seminario “In vino veritas”. Deseo, además, expresar mi afectuoso agradecimiento a Jorge Baquerizo, Donald Bello Hutt, Alejandro Calzetta, Víctor García, Julieta Rábanos y Sebastián Reyes del grupo de discusión “Los Magios”. Sus comentarios fueron particularmente útiles. *Last, but not least*, deseo agradecer a Mauro Barberis y Riccardo Guastini, quienes leyeron una primera versión de este artículo. Sus importantes observaciones contribuyeron a corregir algunos errores y a realizar algunas precisiones.

¹ Incluso porque, como dice el propio Barberis, el término “constitucionalismo” viene de “constitución”. Bien mirado, en todo caso, ambos sufrirán mutaciones conceptuales –no siempre paralelas– a lo largo del tiempo.

² Un blanco diverso buscaba, por ejemplo, Matteucci: vid. MARGIOTTA 2000, 391. El trabajo de Margiotta me ha parecido muy interesante. Ello, a pesar de que el debate acerca de la supuesta oposición entre “positivismo” y “constitucionalismo” hoy haya sido prácticamente disuelto por la banal razón de que tal oposición, si uno es un positivista metodológico coherente, no existe como tal: las condiciones de “constitucionalización del ordenamiento” (en donde existe una constitución rígida) son diáfananamente explicadas por algunos positivistas sin otro ánimo que el compromiso metodológico. Pero no, por lo demás, porque tal cosa suponga la apatía frente a los pretendidos avances o retrocesos venidos de la mano del constitucionalismo moderno, sino a efectos de la distinción de operaciones intelectuales diversas que, por razones siempre metodológicas, deben mantenerse diversas. Por lo demás, como dice el propio Bobbio en la carta a Matteucci (carta que se recoge en el texto de marras (Ibíd., 418)),

para distinguir también sus diferentes funciones teóricas, así como aquellas, en último término, ideológicas. Se trata, como se verá a lo largo de este trabajo, de un ejercicio rico en matices. Empero, no se trata de un trabajo que pueda considerarse historiográfico, sino simplemente genealógico.

Barberis distingue tres períodos del constitucionalismo: preliberal, liberal y posliberal³. Eso sí, no debemos olvidar que en sentido estricto no hay una “concepción preliberal” del constitucionalismo, ni siquiera incluso un concepto unívoco del término “constitución”. En realidad, el término latino “*constitutio*” hacía referencia a una especie de “documento legislativo” emanado por el emperador romano (*constitutio principis*)⁴, uso que se conservó también en las *constitutiones* del Sacro Imperio Romano⁵. Sin embargo, como se verá, el término “constitución” ha sido tradicionalmente utilizado también para traducir el vocablo griego “*politeia*”, expresión que hacía alusión a la estructuración u ordenación de las magistraturas (i.e., en términos generales, a la forma de gobierno). El vocablo constitución, usado en este sentido, se popularizaría bastante después, sobre todo a partir del siglo XVIII⁶, aunque también resulte interesante resaltar que ya antes, en época romana, Cicerón había usado el término “*constitutio*” para hacer alusión al *status* referente a una específica forma de gobierno mixta (aunque aquí “constitución” tenga el valor de “composición”, y no estrictamente de estructuración de las magistraturas)⁷.

Por su parte, la expresión “constitucionalismo” (*constitutionalism*) fue acuñada en el período de entreguerras con el fin de explicar el “misterio” de la ausencia de alguna forma de totalitarismo en el mundo angloamericano, y solamente después fue proyectada *à rebours* sobre toda la historia de Occidente⁸, tan lejos como podía llegarse (esto es, hasta el “gobierno de las leyes” de Platón)⁹. En este texto me interesa aludir al uso del término para hacer referencia a la constitución entendida de modo genérico¹⁰, pero también a la evolución de tal concepto, con sus matices y en su relación con el constitucionalismo.

La distinción de Barberis marca el camino a recorrer. Sin embargo, he optado por realizar una periodización que no tiene como vara de medida al liberalismo, sino que toma en cuenta diferentes períodos históricos. El constitucionalismo preliberal, en clave histórica, coincide con los que, a efectos de una periodización, podrían llamarse “constitucionalismo antiguo” y “constitucionalismo medieval”. A su turno, el constitucionalismo liberal, *grosso modo*, se corresponde con el “constitucionalismo moderno”, donde “moderno” cubre todo el período –con sus diferentes mutaciones– que va desde el Renacimiento¹¹, pasando por la Paz de Westfalia, hasta la época de las Revoluciones (inglesas, americana y francesa), en donde el movimiento se consolida. Por último, el constitucionalismo posliberal no es otra cosa que el “constitucionalismo contemporáneo”, cuyas características y evolución se pueden hacer coincidir con el período posterior a la segunda posguerra. Aquí, nótese bien, la expresión “constitucionalismo contemporáneo” no coincide con la

tal elección no supone que detrás no exista una motivación genuinamente política para hacerlo. Dice Bobbio: «Per noi della nostra generazione, che ci siamo trovati faccia a faccia con gli opposti fanatismi (...) la neutralità scientifica è diventata essa stessa un abito di vita, è diventata il nostro modo di partecipare alla lotta politica».

³ BARBERIS 2006, 83.

⁴ Vid., v.gr., GAYO 1845, I.5, 12 s.

⁵ Vid., *inter alia*, SALAZAR SÁNCHEZ 1991 (con relación al *Aurea Bulla*); GUZMÁN BRITO 2002, 299.

⁶ GUZMÁN BRITO 2002, 271.

⁷ GUZMÁN BRITO 2002, 278, 295.

⁸ Vid., *inter alia*, MCILWAIM (1940) 1947.

⁹ PLATÓN 1872.

¹⁰ Vid. BOBBIO 1986; 2013.

¹¹ En la periodización usual, la modernidad se ubica, arbitrariamente, en la época de la conquista de América. La conquista, a diferencia del Renacimiento, no nació de una revolución cultural ni se corresponde con la cosmovisión que luego daría lugar al pensamiento que hoy llamamos moderno. Los liberales, de hecho, se inspiraron en buena parte en las ideas del Renacimiento. Como se verá más adelante, algunas de las ideas del así llamado “Manifiesto del Renacimiento” siguen resonando hoy en día.

controvertida y problemática etiqueta de “neoconstitucionalismo”, que pretendería hacer alusión, de un modo u otro, a una especie de filosofía del derecho del Estado constitucional¹².

2. La constitución de los antiguos

La palabra griega “*politeia*” –a menudo transliterada como “*politia*”–¹³ ha sido traducida como “constitución”, término cuyo inusitado éxito ha llegado hasta nosotros después de haber transitado por caminos serpenteantes. Pero empecemos por el principio: “*politeia*”, como término genérico, hacía referencia a una *forma de gobierno* (a cualquier forma de gobierno). El término “constitución”, en tal sentido, así como un hipotético constitucionalismo *avant la lettre* de los antiguos, está necesariamente asociado a una teoría de las distintas formas estructurales del poder político. Cada forma de gobierno es, efectivamente, una constitución¹⁴.

En la teoría clásica, o sea, la de Aristóteles, las formas de gobierno (las constituciones) son seis: el gobierno de uno, el de pocos y el de muchos, cada uno en su forma pura e impura. De tal manera que nos encontramos frente a tres pares de formas de gobierno: monarquía-tiranía (para el gobierno de uno), aristocracia-oligarquía (para el gobierno de pocos), *politeia*-democracia (para el gobierno de muchos)¹⁵. Aquí podría presentarse una primera perplejidad, visto que tanto un uso genérico del término “*politeia*” como un uso específico (entendido como la forma “buena” del gobierno de muchos) aparecen en la obra aristotélica¹⁶. Algunas hipótesis en torno a tal uso han sido planteadas. Sin embargo, tal cosa está lejos del objetivo de este trabajo. A los efectos que aquí me propongo, hallo más relevante empezar por subrayar la cuestión referente al modo de designar la forma *impura* de la constitución de los muchos, la *democracia*. Aristóteles, como Platón, veía la democracia como una forma “mala”, “impura” de gobierno. No será sino hasta Polibio –artífice, además, de la idea del gobierno mixto–¹⁷ que el término “democracia”, en esta pareja, empezaría a designar a la forma “buena”¹⁸. De todas maneras, y esto es lo que corresponde remarcar particularmente, entre los antiguos la expresión “*politeia*” (constitución) se refiere en términos genéricos a una forma de gobierno dependiente solamente de su estructura

¹² Podría resultar equívoco, en realidad, porque hoy el vocablo “neoconstitucionalismo” parecería hacer referencia a varias tesis distintas, a posiciones que incluso podrían resultar entre sí contradictorias o en conflicto. Vid. GUASTINI 2013, cap. V; COMANDUCCI 2016, cap. III; RATTI 2015. El término, originalmente, corresponde a POZZOLO 1998 (vid., también, POZZOLO 2008).

¹³ GUZMÁN BRITO (2002, 271) señala que tal transliteración corresponde originalmente a Cicerón.

¹⁴ Cuando en los textos que se refieren a este aspecto se lee “las diversas constituciones existentes”, se hace referencia a las diversas formas de gobierno. Vid., *inter alia*, RAMÍREZ CLEVES 2017.

¹⁵ Vid., en general, ARISTÓTELES 1989, libros III-IV. La traducción de *La Política* que aquí cito resulta interesante en la medida en que se hace alusión a un problema que a menudo se ha dado en las traducciones castellanas, en donde el término “*politeia*” se ha traducido de las maneras más abigarradas (desde “régimen” hasta “república”), aunque el término fuese usado por Aristóteles en varios sentidos. Dice Briceño Jáuregui, el traductor de la edición citada: «*politeuma* es el cuerpo de personas que disfrutan de plenos derechos cívicos bajo la *politeia*, y ésta —en el vocabulario del Estagirita— significa: a) el cuerpo de ciudadanos, b) la constitución, c) toda la estructura de la *polis*. De modo que ésta, cualquiera que sea su régimen, se apoya en la existencia de la ciudadanía y en la manera como se distribuyen los oficios. Es decir, que el tipo de *politeia* depende del número y calidad de los ciudadanos. La palabra *politeia* refleja la unidad (no sólo la suma) de ellos, el cuerpo vivo compuesto de gobernantes y gobernados, y la vida política que es y debe ser la vida y naturaleza de los ciudadanos. Como se ve, el Filósofo emplea la palabra en diversos sentidos. Los fundamentos son, uno genérico y otro específico. El primero hace referencia a la “organización política”, y así lo hemos traducido; el segundo, a una forma de organización política “particular” o temperada, por ser la mezcla de dos sistemas (democracia y aristocracia). En otros casos, la palabra *politeia* presenta matices más sutiles» (BRICEÑO JÁUREGUI 1989, 44).

¹⁶ BOBBIO 2006, 35.

¹⁷ Al respecto, vid., BOBBIO 2006, cap. IV.

¹⁸ BOBBIO 2006, cap. IV.

efectiva, pero independiente de la bondad o no de tal gobierno: incluso si se tratase de un gobierno “malo” (i.e., de una de las variantes “impuras” de las formas de gobierno) entre los antiguos toda asociación políticamente organizada posee una constitución.

Un rasgo saliente, para nada menor, del “constitucionalismo de los antiguos” –que llegará prácticamente intacto al medioevo– tiene que ver con la que podría entenderse como la unión conceptual entre “sociedad” y “gobierno”. No se trata propiamente de una confusión, sino de un uso común entre los antiguos¹⁹. La unión entre la *societas politica* y la *societas civilis* era, de cualquier modo, el producto de la concepción del cuerpo político y social como un todo²⁰. Y aunque la “política”, que viene del término griego “*polis*”, pueda separarse –y resulte que en parte fue efectivamente diversa– de la idea de la *civitas* romana (como prueba de ello, véase la evolución del *status civitatis*)²¹, un camino hacia la concepción medieval parecía estar trazado por efectos de la pretendida sinonimia que posteriormente se establecería entre los términos “*polis*” y “*civitas*”. “*Polis*” para sociedad política, “*civitas*” para sociedad civil²², que, así miradas, harían referencia a un solo “cuerpo”²³. Esta idea concuerda con la concepción *organicista* de acuerdo con la cual “el todo es más importante que sus partes”. Según esta, antes que los individuos está la sociedad (sea política, sea civil, consideradas como un conjunto)²⁴. El individuo, así, se funde en el grupo, y el grupo de los individuos se confunde con el grupo político; es decir, con la constitución. Así mirado, entre los antiguos no hay una “teoría de la constitución” separada de la “teoría del poder”: allí donde está el poder está la constitución, y allí donde está la constitución está el poder.

Por supuesto, también entre los antiguos existían preferencias por determinadas formas de gobierno, así como una jerarquización entre ellas (un “uso axiológico” de las formas de gobierno²⁵): la discusión antigua, lejos de ser avalorativa, a menudo estribaba sobre el mejor régimen político, como en el caso del *optimus status civitatis* del diálogo *De re publica*, de Cicerón²⁶. Por lo demás, todos los pensadores antiguos tenían un sistema de preferencias, casi siempre en favor de la monarquía como la mejor forma entre las otras. No existe –como sucederá hacia los inicios de la modernidad– la distinción entre sociedades (liberales) con constitución, y sociedades (no liberales) sin constitución.

¹⁹ BOBBIO 1981.

²⁰ Podría decirse, quizás, que una excepción interesante a este uso se halla, sin embargo, en Cicerón. Ello, en la medida en que –como dice GUILLÉN (1982, 166)– en el pensamiento ciceroniano «donde domina un tirano, no hay ni siquiera sociedad».

²¹ ESPITIA GARZÓN 2016, 305 ss.

²² MIGLIORE 2005, 11.

²³ En el capítulo XXVI de *El Leviatán*, Hobbes dice que *civitas* significa, justamente, Estado (HOBBS 2018 [1651], 211).

²⁴ BOBBIO 2013, 16

²⁵ BOBBIO 2006, 10 ss.

²⁶ Vid. CICERÓN 1984, Libro I. Hago notar, en todo caso, que el pensamiento ciceroniano en esta parte se aleja de la tradición específicamente griega en la que la discusión en torno a la “constitución ideal” no tenía rasgos “conservadores”. Dice ANDRÉS SANTOS (2013, 27): «Si se comparan las reflexiones de Cicerón sobre la mejor forma de Estado con las teorías clásicas griegas sobre el Estado ideal, resulta claro que la teoría del Estado ciceroniana –aunque tributaria de la tradición– se distingue esencialmente en su tendencia de la teoría del Estado griega y, por tanto, se aleja de la antigua tradición filosófico-política, tal como esta se nos presenta actualmente en sus principales representantes, en un punto importante. Mientras Platón, Aristóteles y, seguramente, también los antiguos estoicos investigaron cómo debería estar constituido el mejor Estado sin más, y querían que sus correspondientes concepciones del Estado ideal se vieran como modelos políticos hacia los que deberían irse acercando aproximativamente, mediante reformas, las relaciones políticas existentes, las reflexiones de Cicerón sobre el Estado óptimo sirven, en cambio, para legitimar las relaciones políticas ya existentes, o incluso las pasadas. Si a las teorías políticas griegas les correspondía, según la intención de sus autores, una función innovadora para la política práctica, la teoría de Cicerón muestra una tendencia conservadora y restauradora. Como para Cicerón el óptimo político ya se había realizado en el pasado, para él ya no hacía falta ninguna investigación propiamente dicha sobre aquello que caracterizaría al Estado ideal, sino que todo consiste en convencer del carácter óptimo de la antigua constitución romana, bien conocida por todos, y llamar la atención sobre las condiciones bajo las que esa constitución ha tenido existencia». Por otro lado, el término “*status*” en Cicerón no sería, además, unívoco (vid. GUZMÁN BRITO 2002, 272 ss.).

Todas tenían una constitución, es decir, su respectiva forma de gobierno. Entre los antiguos, como entre los medievales, no hay una sociedad políticamente organizada que “carezca de constitución”. En términos conceptuales, se diría que la constitución de los antiguos podría identificarse exclusivamente con la que nosotros hoy solemos llamar “constitución material”, esto es, «la situación de hecho de una determinada distribución del poder»²⁷.

3. La constitución medieval

El término “*politeia*” (constitución) llega al medioevo con el mismo significado genérico que aquel que conservó entre los antiguos: la constitución de un grupo político es su *forma de gobierno*. Un rasgo característico es, sin embargo, la tendencia –que después se vería en Machiavelli²⁸ a reducir la tipología de las formas de gobierno a una clasificación dúplice: principado (monarquía) y república²⁹. No hay duda, en todo caso, de que es la primera de estas formas la que estaría destinada a tener un éxito mayor en el medioevo. La historia medieval de Europa es, en buena parte, la historia de sus monarquías: aquellas que, al menos a partir del Imperio carolingio, se fueron asentando y desarrollando, y que, en último término, le dieron forma al continente. Esa preponderancia presupone analizar particularmente el papel que tuvo el *regno* en la comprensión de la “constitución medieval”. No porque no hubiese repúblicas (Venecia, Génova, Florencia), o algún tipo de pensamiento específicamente republicano³⁰, sino porque, desde una visión omnicompreensiva, tanto las repúblicas como el pensamiento republicano parecen haber estado a la sombra avasalladora de las monarquías y del pensamiento monárquico medieval, que terminarían imponiéndose.

Maurizio Fioravanti ha señalado que, en el “constitucionalismo medieval”, el organicismo se conserva como base de la concepción que subyace a la sociedad, encarnándose en la figura del “príncipe”. El monarca, dice Fioravanti, era el corazón de un organismo que «no podía pensarse sin él, que no podía vivir sin él»³¹. Fioravanti, sin embargo, ve en esta una característica específica que supondría que dentro del propio organicismo se contuviera el germen del paso del régimen monárquico al régimen (propriamente) político. Dado que *politicum* –y esto se vería particularmente en la obra de Tomás de Aquino– habría excedido paulatinamente a lo «meramente *regale*», pasando a designar, en un proceso de deslizamiento de significado gradual, al «conjunto de las relaciones existente de hecho en la comunidad política»³². (Nótese, de cualquier manera, que esto no es nada distinto, propiamente hablando, del concepto de ordenamiento político como constitución material). En suma, el monarca era el “corazón” de la comunidad, pero no superior a ella, pues en función de ella existía el mismo rey³³.

Prevalece, sin embargo, la idea de que, aun existiendo tal separación, esta era siempre

²⁷ BARBERIS 2008, 128.

²⁸ MACHIAVELLI 2010 [1532], 35.

²⁹ Hoy por hoy, sin embargo, esta clasificación corresponde, no tanto a las “formas de gobierno”, cuanto a las “formas de Estado”, de modo que hoy podemos decir sin problema que una monarquía es democrática o una república, en cambio, autocrática.

³⁰ El término “republicanismo”, en todo caso, hoy hace alusión a una compleja discusión, también referente a su genealogía. Para algunos, el republicanismo clásico se puede retrotraer, al menos hasta Cicerón (cuando no hasta Aristóteles), pasando también por una parte del pensamiento del humanismo renacentista italiano (y luego con Machiavelli), hasta conocer algunos desarrollos específicos en el mundo anglosajón. Por otro lado, en buena parte el republicanismo contemporáneo está involucrado en discusiones específicamente normativas acerca de la libertad y, en determinados casos, de las virtudes cívicas (lo que incluye varias discusiones circundantes). Vid., *inter alia*, SKINNER 1998; POCOCK 1981; VIROLI 1999. El tema específico, sin embargo, sobrepasa con mucho el objetivo de este ensayo, por lo que lo dejo sin ulteriores precisiones.

³¹ FIORAVANTI 2001, 45.

³² FIORAVANTI 2001, 46.

³³ FIORAVANTI 2001, 46.

vehiculada por otra concepción típicamente medieval del poder: la idea de que el poder del rey era de *iure divino*. El poder terreno y el poder divino, por lo demás, podían hallar una conexión también en la propia obra de Tomás de Aquino, que ata la Ley Eterna a la Ley Natural y, luego, a la Ley Positiva³⁴. Y si bien es cierto que Tomás de Aquino era partidario de la *potestas temperata*³⁵, no es menos cierto que, en último término, esa misma doctrina dependía de la voluntad del rey para hacerse tal. En otras palabras, la diferencia entre la *potestas absoluta* y la *potestas temperata* (entre el poder absoluto y el poder temperado) descansaba sobre los hombros del propio rey y no en la forma efectiva de la organización del sistema político (aun cuando –y esto hay que remarcarlo– hayan existido numerosos “poderes intermedios” con los que el rey debía hacer cuentas. El sistema feudal, en efecto, reducía en la práctica, no tanto en la doctrina, los *poderes regios*). No es un acaso que Locke, en el *Ensayo sobre la Tolerancia* (1666), ataque a las concepciones –persistentes incluso entonces– que sostenían que el poder del rey era de *iure divino*. La confutación de Locke a los prosélitos de tal doctrina debe ser leída con atención:

«Si lo que entienden por monarquía *iure divino* no es una monarquía absoluta, sino limitada (lo cual, según pienso, es un absurdo, si no una contradicción), deberían mostrarnos los estatutos venidos del cielo y dejarnos ver los documentos en los que Dios ha dado al magistrado el poder de hacer cualquier cosa, pero solo si está dirigida a la preservación y el bienestar de sus súbditos en esta vida; si no, que nos dejen creer lo que queramos. Pues nadie puede ni está obligado a permitir que alguien pretenda ejercer un poder (que él mismo confiesa que es limitado) más allá de lo que él pueda demostrar que le corresponde»³⁶.

Locke deja entrever que la concepción –típicamente medieval (pero que llegó bastante más lejos)– según la cual el poder del rey es de fuente divina, se resiste a ser entendida como una forma de abanderar un poder limitado o *temperato*, al menos frente al *pueblo* (que es lo que se discutía). Como prueba de ello puede subrayarse la forma en que era entendida la “doctrina de la responsabilidad política” en la relación entre el poder y los súbditos del poder, dado que *Rex Dei Gratia* el monarca no era responsable sino ante Dios, no ante su pueblo³⁷. De este modo, absolutista o templado, esto dependía –en último término– de sí mismo y de la labor que quisiera cumplir ante Dios. Y no solo eso, sino que los súbditos no tenían algo parecido a derechos frente al poder³⁸, sino solo deberes, particularmente *el deber* de obedecer al monarca³⁹.

Incluso la *Magna Charta* (1215), como por lo demás el mismo *Bill of Rights* (1689), no señalan de modo alguno que las “declaraciones” expresen prerrogativas que precedan de ninguna manera a ellas mismas. Estas se presentan –diría Bobbio– como «graciosas concesiones del príncipe», del “auténtico” soberano, de modo que incluso si eran el resultado de un pacto entre los súbditos y el rey, estos «debían aparecer como un acto unilateral de este último»⁴⁰. Como prueba, una vez más, de que la distinción entre *potestas absoluta* y *potestas temperata* no era entendida fuera de los poderes del mismo rey, tirano o bondadoso que fuese, de tal suerte que la relación entre el monarca y los súbditos era concebida siempre desde la perspectiva del poder del monarca (*ex parte principis*), y no,

³⁴ Vid. TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica* cuestión 90, arts. 1-3. Cfr. KALINOWSKI 1982, 21.

³⁵ Vid. FIORAVANTI 2001, 41 ss.

³⁶ LOCKE 1999 [1666], 24 s.

³⁷ BOBBIO 1991, 41.

³⁸ JELLINEK 2000, 82.

³⁹ BOBBIO 2009, 515.

⁴⁰ BOBBIO 1988, 44. Cfr. SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO 2009, 253: «aunque la Gran Carta tuvo su origen en una rebelión, posteriormente fue confirmada no por un acto unilateral de los Reyes, sino mediante una transacción, en la que el reino compraba sus libertades». Aunque, por supuesto, tales se refieran a “versiones” posteriores de la *Magna Charta*, diferentes de la original de Juan Sin Tierra. Por lo demás, como dice el propio autor apenas citado (Ibidem, 257), la Carta Magna, es un producto típicamente medieval, aunque elevado después de diversas reinterpretaciones a la calidad de “mito” y “piedra fundacional”. Claro que, así mirada, su influencia posterior es innegable.

como sucederá en la modernidad, desde el punto de vista del ciudadano (*ex parte civium*)⁴¹.

4. La constitución de los modernos

Corresponde ahora hablar de un parteaguas que daría inicio a una transformación sin precedentes. En realidad, se trata de un proceso que incluye varios hitos. La Paz de Westfalia, que daría inicio al “Estado moderno”⁴², base de la organización moderna del derecho estatal⁴³; pero, sobre todo, las revoluciones (que acaecieron primero en el ámbito del pensamiento –tan lejos como el Renacimiento–⁴⁴ y solo después en la práctica efectiva)⁴⁵ que dieron lugar a varias consecuencias de las que hablaré más adelante: (1) las dos Revoluciones inglesas, (2) la Revolución americana de independencia y (3) la Revolución francesa. Esta última es particularmente importante en cuanto a la transformación (ideológica)⁴⁶ de la definición de “constitución” a instancias del famoso artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789).

También es en esta época cuando se consolida, en Inglaterra, el término “*constitution*” como una expresión de uso extendido: primero para hacer alusión al uso descriptivo o formal de constitución, y solo después para hacer referencia a su uso axiológico o sustancial. Un aspecto curioso es que probablemente aquí el término haya tenido, *grosso modo*, el mismo trasfondo que en el uso ciceroniano, con alguna prosecución medieval posterior, esto es, “constitución” vale por “composición” (del cuerpo político)⁴⁷. Nótese que esto permite atar fácilmente el término “constitución” al griego “*politeia*”. En el ámbito de la literatura política, por otra parte, Locke habría usado el término “*constitution*” para hacer alusión no tanto a la “composición del cuerpo político”, cuanto al «acto de constitución de la forma de gobierno»⁴⁸ (al escribir en vernáculo y no en latín –dice Guzmán Brito– Locke podía evitar posibles confusiones con el uso tradicional romano de “ley”)⁴⁹. Por otro lado, el uso del término en el sentido “constituido” de la palabra se asentaría un poco después. Al respecto, dice siempre Guzmán Brito:

«En el siglo XVIII, el vocablo [era] usado todavía para designar la organización del gobierno de la sociedad, pero (...) no ya para indicar el acto original constitutivo de aquella, sino a su efecto, la forma constituida⁵⁰».

⁴¹ BOBBIO 2009, 511-523; 2013, 16.

⁴² Aunque el término aparecía ya en *El Príncipe* (1532). Y a pesar de que, incluso hoy, se discuta acerca de si el “Estado moderno” constituye una realidad a tal punto nueva que merezca por ello un nombre diverso, o si se trata solamente de la continuación de un fenómeno antiguo. En *Estado, gobierno y sociedad* (2016 [1985], 86 ss.), Bobbio trata el tema en términos de la “discontinuidad” y la “continuidad” el Estado; esto es, las dos posiciones que debaten en torno al “nacimiento” del Estado, al tiempo en que tal cosa habría acaecido.

⁴³ Digo aquí “derecho estatal” para subrayar que no se trata del único tipo de “derecho” (entendido como “sistema jurídico”); ello, en la medida en que se puede distinguir a este, por ejemplo, del derecho internacional o del derecho canónico. RAZ (1984, 2), por su parte, diría que el derecho (estatal) no es sino una más de las formas de organización *institucional*: se trata de «asociaciones tales como partidos políticos, sindicatos, instituciones educativas y asociaciones deportivas. Ellas comparten con el derecho muchas de sus características definitorias. Son sistemas normativos regulados por instituciones de adjudicación y por reglas de reconocimiento que determinan pertenencia al sistema». El original, en inglés, reza: «associations such as political parties, trade unions, educational institutions and sports associations. They share with the law several of its defining characteristics. They are normative systems regulated by adjudicative institutions and by rules of recognition determining membership of the system». La traducción es mía.

⁴⁴ Vid. ZAGREBELSKY 2011, 79-80.

⁴⁵ JELLINEK 2000, 114.

⁴⁶ GUASTINI 2016a, 265-266.

⁴⁷ Respecto al uso inglés de “constitución”, vid. GUZMÁN BRITO 2002, 300 ss.

⁴⁸ GUZMÁN BRITO 2002, 304.

⁴⁹ GUZMÁN BRITO 2002, 304.

⁵⁰ GUZMÁN BRITO 2002, 306.

Como se sabe, al menos a partir de Sieyès (1789) la expresión para hacer referencia al acto consistente en *constituir* es denominado (poder) *constituyente*, mientras que al hablar del ámbito (del poder) *constituido* se hace referencia, primero que todo, a la *constitución*. ¿Pero en qué contexto se desarrolla todo este entramado de usos y transformaciones? He traído a colación algunas ideas que tuvieron lugar entre el Renacimiento y la Ilustración, pero también a algunos eventos específicos que tienen una relación. Me explicaré a continuación.

Quisiera comenzar hablando de la Paz de Westfalia (1648), consecuencia de la cruenta Guerra de los Treinta Años. La Paz de Westfalia se resolvió, como se sabe, en dos “tratados”: el *Instrumentum Pacis Monasteriense* y el *Instrumentum Pacis Osnabrugense*⁵¹. El mayor conflicto europeo de su tiempo, un conflicto tanto político como religioso, tuvo consecuencias en estos dos ámbitos: la afirmación formal de la soberanía estatal, por un lado, y la libertad de culto, por otro⁵². La primera de estas dos, sin embargo, produjo una especie de retroceso *práctico* a efectos de la distribución efectiva del poder. El poder del rey resultaría de hecho afianzado por la disolución de los así llamados “poderes intermedios” de los señores feudales. Por ello, en la práctica, la Paz de Westfalia consolidó la doctrina de la “razón de Estado” entendida como *iuris dominationis*⁵³ (hija del pensamiento maquiaveliano)⁵⁴. La razón de Estado hallaba su justificación última en el concepto ambiguo de “interés público”, base a su vez de los *arcana imperii*: el secreto de los asuntos del poder. Se consideraba que los individuos no debían acceder a tales “secretos”, principalmente porque no serían capaces de entenderlos, de comprender las “razones” del Estado, de modo que era mejor que aparecieran alejados de su conocimiento. El poder del absolutismo monárquico, por ello, podría representarse como la personificación del que todo lo ve y lo escruta, pero sin poder ser visto o escrutado⁵⁵. El ordenamiento estatal estaba estructurado a tales fines. Pero el mismo Estado, entendido como *estructura jurídica*⁵⁶, una vez abandonada la concepción absolutista (tanto en la doctrina como en las revoluciones), sería la base sobre la cual se levantaría posteriormente el edificio del constitucionalismo moderno. Después de todo, se trata de aquella forma de *organización* representada por determinados sujetos frente a quienes los derechos fundamentales de las personas tendrían que hacerse valer. El primero de tales derechos sería, justamente, la libertad religiosa –conquista, al menos en principio, de la misma Paz de Westfalia–⁵⁷, en virtud de la cual el Estado no puede limitar la práctica de la religión o establecer una religión sobre otras⁵⁸.

La base de la concepción moderna del constitucionalismo puede hacerse descansar, en este sentido, en la forma *laica* del Estado. En efecto, es esta y no otra aquella que permite la puesta en marcha de las *ideas liberales* en los Estados modernos, en la medida en que presupone la libertad de conciencia⁵⁹. Por ello, en el pensamiento moderno el poder del Estado se ve justificado solo en la medida en que pueda garantizar determinados “derechos naturales” –como señalan las Declaraciones de Virginia de 1766 y la francesa de 1789– propios, según dicha concepción, de los *individuos* integrantes de una comunidad, pueblo o sociedad. Aquí es del caso remarcar que el artículo 16 de la Declaración de 1789 plantea dos “condiciones necesarias” (novedosas en toda regla) para que una constitución pueda considerarse “genuina”: (1) la separación de poderes y (2) la

⁵¹ FRANCA FILHO 2006, 98.

⁵² FRANCA FILHO 2006, 100.

⁵³ Vid. BOBBIO 2019 [1939], 146.

⁵⁴ Tampoco la doctrina de la “razón de estado” estuvo exenta de un debate acerca de la “buena” y la “mala” razón de estado («que usurpa este nombre»). Al respecto –sobre el pensamiento de Girolamo Frachetta– vid., CONTINISIO 1997, XVI.

⁵⁵ BOBBIO 2009, 431 ss.

⁵⁶ GUASTINI 2016b, cap. XXVI.

⁵⁷ Se trata, en todo caso, de un reconocimiento “parcial”, en la medida en que se trataba de una libertad de culto limitada en un entorno en donde el Estado se podía decir aún semiconfesional.

⁵⁸ Como diría después la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

⁵⁹ CHIASSONI 2013.

garantía de los derechos –en cuya ausencia, se dice, una sociedad “carece de constitución”–. (*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*). Esta definición provocó que, por primera vez en la historia, pudiera separarse a una *doctrina constitucionalista* propiamente dicha de un concepto formal de *constitución*.

El concepto de constitución – a menudo vehiculado por diversos términos – que entre los antiguos designaba una forma cualquiera de gobierno, pasa a entenderse de otro modo, esto es, como una forma *específica* de distribución y limitación del poder. Por un lado, sobre la base de la teoría montesquieuana de la separación de poderes contenida en *De l'esprit des lois* (1748). Tal teoría estaba atada, en la obra de Montesquieu, a las Revoluciones inglesas: será en los términos de tales revoluciones –que en último término dieron lugar a una primera forma de “monarquía constitucional”– que Montesquieu hablará de “constitución”⁶⁰. Por otro lado, sobre los cimientos de la teoría liberal, que nació como una doctrina del gobierno limitado, donde estos límites al poder estaban dados primero que todo por los derechos (así llamados “naturales”) de los individuos⁶¹. Se trataba, en realidad, de dos formas específicas de limitación del poder: una que tenía su base en la distribución del poder en funciones, otra que aludía a los derechos correspondientes a ciertos deberes estatales⁶².

Según la concepción específicamente liberal, la vida, la libertad, la propiedad, la búsqueda individual de la felicidad son principios que la asociación política no debía sobrepasar. Quizás el más importante exponente de estas ideas sea Locke, pero no tanto o no solo por la reivindicación de ciertos “derechos naturales”, cuanto por su noción de soberanía aplicada al ámbito de la persona. Pues bien, mientras la Paz de Westfalia había dado paso a la consolidación de la soberanía estatal de derecho interno y, después, con la conformación de una primera forma de la comunidad internacional, al concepto de soberanía de derecho internacional⁶³, Locke centra su propuesta en la soberanía del individuo⁶⁴. Más adelante, esto aparecerá diáfano también en la obra de Mill: «sobre sí mismo, sobre su mente y sobre su cuerpo, el individuo es soberano»⁶⁵. Para esta concepción, solo dentro de estos límites está el “poder legítimo”. Es esta la noción liberal del “Estado de derecho”⁶⁶: aquel que Bobbio llama “Estado de derecho en sentido *fuerte*”, para diferenciarlo tanto del concepto de “Estado de derecho en sentido *débil*” –o sea, el Estado no despótico, «no regido por hombres sino por leyes»–⁶⁷ como del “Estado de derecho en sentido *debilísimo*” de impronta kelseniana, donde una vez resuelto el «Estado en su ordenamiento jurídico, todo Estado es Estado de derecho»⁶⁸. El Estado de derecho liberal, por ende, asume la existencia de ciertos “derechos inviolables”. El poder jurídico se convierte en un poder limitado en sus poderes y distribuido en sus funciones. Se trata del mismo “gobierno de las leyes” (el poder legítimo es un poder autorizado por normas jurídicas) ya concebido por los griegos, pero reforzado con unos límites que han de condicionar también la esfera de la legalidad –no hay otro modo de entender, en sentido estricto, la noción de “inviolabilidad” de los derechos–⁶⁹.

⁶⁰ Y ello a pesar de que, con posterioridad, solo las revoluciones americana y francesa serán vistas, propiamente, como de genuina “vanguardia”. A manera de ejemplo, como ya se dijo, se puede señalar que el *Bill of Rights* (1689) no puede considerarse como tal moderno.

⁶¹ BOBBIO 2013, 17.

⁶² Vid. MANIN 1997.

⁶³ GUASTINI 2016b, cap. XXX.

⁶⁴ LOCKE 2006 [1690], cap. 5.

⁶⁵ MILL 2001 [1859], 13. Traducción libre.

⁶⁶ La “voz” estado de derecho, sin embargo, merece un tratamiento más complejo que el aquí realizado. Al respecto, vid., PINTORE 2011.

⁶⁷ BOBBIO 2013, 19.

⁶⁸ BOBBIO 2013, 19. Con la consecuencia, como advierte el propio Bobbio, de que, en esta última noción, el concepto de “Estado de derecho” «pierde toda su fuerza calificativa».

⁶⁹ Razón por la cual, por lo demás, no es lo mismo decir “Estado (simplemente) legal de derecho” que “Estado liberal de derecho”

Valdría la pena recalcar, en todo caso, que hay un hilo conductor que ata el ideal liberal con la actitud antiescolástica del Renacimiento (a todas luces, una ruptura en el pensamiento de su época)⁷⁰, sobre todo porque es este el movimiento del que nace efectivamente la revalorización de la libertad como una característica esencialmente humana. En efecto, tal cosa aparece ya en el así llamado “Manifiesto del Renacimiento”, esto es, el *Discurso sobre la Dignidad del Hombre* (1486), de Giovanni Pico della Mirandola: el ser humano está ubicado –se dice– entre las bestias y los ángeles, pero es diferente a todos ellos porque “los ángeles son lo que son y no pueden ser otra cosa que ángeles” y “las bestias son lo que son y no pueden ser otra cosa que bestias”, mientras que el hombre, en uso de su libertad, puede ser tantas cosas como quiera (incluso arrastrarse junto a las bestias o aspirar a la perfección angélica)⁷¹. Y es en esta libertad, según el pensamiento renacentista, que se halla la fuente de su dignidad. De allí que no sea difícil entender cómo, después, el pensamiento liberal se presentase como una forma de rechazo del organicismo y una reivindicación del *individualismo*.

El organicismo perdería de ese modo el lugar que había ocupado durante siglos para dar paso al individualismo, en donde cada una de las “partes” cuenta como tal. El individuo no se funde ya en el grupo, sino que posee una identidad propia, por lo que se lo considera – al menos idealmente – libre, y al conjunto de los individuos, como poseedores de una *libertad igual*⁷². Con una consecuencia adicional: en la relación entre los gobernantes y los gobernados, el gobernante aparece como *responsable* ante el conjunto de los ciudadanos (ya no solo “ante Dios”), y los ciudadanos no tienen ya solamente deberes frente al poder, sino, *in primis*, derechos. El problema del poder empieza a ser mirado desde la óptica del individuo, del ciudadano, *ex parte civium*⁷³.

Por supuesto, también aquí hay una diferencia relevante entre los ideales y la realidad: aun cuando fueron solemnemente proclamados, muchos de los derechos fundamentales no incluían en su esfera de protección a todos los individuos. La historia de los derechos fundamentales es, en realidad, algo tortuosa: se trata de un proceso de expansión del ámbito de cobertura de tales derechos que pasó de los propietarios a los no-propietarios, de los hombres a las mujeres, de los libres a los esclavos, etcétera⁷⁴. Un proceso gradual, paulatino, a menudo bajo amenaza. Las revoluciones, en ese sentido, constituyen un punto de partida, no un punto de arribo. Para muestra, un botón: los *founding fathers* de los Estados Unidos –como dice Waldstreicher⁷⁵– estaban del todo conscientes del problema de la esclavitud⁷⁶, y aunque la Constitución

⁷⁰ ZAGREBELSKY 2011, 79 s.

⁷¹ PICO DELLA MIRANDOLA 2016 [1486].

⁷² MALDONADO-MUÑOZ 2019, 32.

⁷³ BOBBIO 2009, 511-523; MALDONADO-MUÑOZ 2018, 93 ss.

⁷⁴ Piénsese en que, durante mucho tiempo, el término “derechos del hombre” –que dio nombre a la famosa obra de PAINE (1792)– no era omnicompreensivo. La más grande crítica que recibiera Mary WOLLSTONECRAFT por su obra *Vindication of the Rights of Woman* (1792 [1792]) fue producida, justamente, por sus ideas con relación a una cierta igualdad de derechos. Las mismas que le costaron la vida a Olympe de Gouges por haber escrito –entre otras cosas– una Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana (1791): la que consistía, casi toda, en el cambio de la palabra «mujer» allí donde en la Declaración de 1789 se usaba la palabra «hombre». Como he dicho ya, también estaban excluidos de la categoría, al menos para ciertos efectos, los no propietarios y los esclavos. La reivindicación de los derechos de otros sujetos considerados “diferentes” llegaría todavía mucho después.

⁷⁵ Sobre este punto, es muy interesante ver el rol que jugó efectivamente la esclavitud en la Revolución americana y, luego, en su Constitución: vid. WALDSTREICHER 2010.

⁷⁶ Como recuerda Hart, Bentham fue tanto un detractor inicial como un admirador postrero de los Estados Unidos de América. Sin embargo, aun como admirador, criticó duramente a la esclavitud americana como una especie de “monstruosidad”, aunque esta estuviera seguramente destinada a la extinción. Dice HART (1982, 72 s.): “Most serious of the vices in Bentham’s eyes of the American system was its disfigurement by the institution of slavery. This indeed Lind had fastened upon, in the work containing so many of Bentham’s ideas which he wrote in 1776 criticizing Prize. There he had attacked the Americans for speaking as if their professions of faith that men were created equal meant that America ‘where men and cattle are offered for sale in the same advertisement’ was in fact to be the home of equal liberty. Bentham condemned the system of slavery as a monstrosity, but he thought that

americana (1787) no incluya la palabra, la esclavitud fue ampliamente discutida en los prolegómenos a la aprobación de la constitución, y, al menos en parte, ella no puede comprenderse sin tener en cuenta esta espinosa cuestión: el silencio de la Constitución no fue casual, sino deliberado⁷⁷ (me viene a la mente una frase de Huxley: «grande es la verdad, pero más grande todavía, desde el punto de vista práctico, el silencio sobre la verdad»)⁷⁸.

Si se quisiera hacer énfasis en otro punto relacionado, incluso se podría recordar que el Estado de Virginia, en donde nació la famosa Declaración de Derechos de 1776, fue uno de los Estados esclavistas miembros de la Confederación que luchó por mantener la institución de la esclavitud hasta 1865, cuando terminó la Guerra civil estadounidense. Ya en 1831-1832, de hecho, se había discutido en la Legislatura de Virginia si este debía o no sumarse a los Estados libres, y es célebre un comentario en torno a ello que hiciera uno de los defensores de la esclavitud, Thomas R. Dew. Entre otros argumentos, él sostuvo que la institución de la esclavitud no era contraria al ideal republicano de la igualdad, sino que, más bien, lo realizaba; esto, al mantener como “iguales” entre ellos a los blancos, por una parte, y como “iguales” entre ellos a los esclavos negros, por otra (una supuesta “igualdad entre iguales”)⁷⁹. No hay que hacer demasiados esfuerzos para ver que esta forma de pensar posee un parecido de familia con la doctrina posterior *separated, but equal* (“separados, pero iguales”), que permitió la segregación racial, incluso con la venia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el conocido fallo *Plessy v. Ferguson* (1896). Esta doctrina fue abandonada solo después de muchos años en el fallo *Brown v. Board of Education* (1954). La lucha de los afroamericanos por los derechos civiles continuó durante varios años más, y el reconocimiento de los derechos por ellos reivindicados cobró varias vidas en esos tiempos tumultuosos, pero no solo entonces: aún hoy, como es bien sabido, el problema persiste. La historia de los derechos está desgraciadamente plagada de estos ejemplos⁸⁰.

Pero volvamos al punto central. Un rasgo interesante es que la Constitución americana de 1787 no incluía una declaración de derechos (las *Enmiendas* a la Constitución que los proclamaban fueron añadidas después, en 1791)⁸¹, de modo que, según los estándares del artículo 16 de la *Déclaration* de 1789, esta no habría sido una “verdadera” constitución. Esto deja entrever, como ya dije, que el concepto de constitución así entendido es un concepto de tipo axiológico, *sustancial*. Este sirvió, no hay duda, para provocar una transformación importante en sus consecuencias; en particular, la distinción entre el concepto de constitucionalismo de impronta liberal y el concepto *formal* de constitución reconducible a la “forma de gobierno”. Se trata de un hecho inédito. Pero sería un error –que, sin embargo, se halla muy difundido–⁸² señalar que solo una “verdadera” constitución prevé la separación de poderes e incluye una declaración de derechos (a manera de

the Americans were by 1821 employed in combating it and seems to have thought that it would soon disappear without friction when its disutility in terms of the general welfare became, as he told it would, increasingly apparent”. El fin de la esclavitud, aunque no de la discriminación, como es de sobra conocido, llegó solamente con la Guerra civil.

⁷⁷ Dice WALDSTREICHER (2010, 19): “[Founders] wanted the wealth and power that slavery and its governance brought without the moral responsibility that... they also knew came with slavery. Silence, compromise, and artful design characterized their solutions. The silences are not absences: they had meanings that were understood and debated (...) The debates and compromises over slavery played a central part in the creation of the U.S. Constitution, shaping the character and nature of the government it formed”.

⁷⁸ HUXLEY 1969, prólogo.

⁷⁹ Vid. DEW 1832.

⁸⁰ Aún hoy, desde una perspectiva liberal, el proceso de reconocimiento de los espacios de libertad del ser humano se encuentra incompleto. Basta ver la manera en que siguen siendo tratados, en varios países, asuntos como el aborto (incluso en casos de violación), la eutanasia, el suicidio asistido, etc. En general, sobre el “paternalismo jurídico”, que incluye también su confutación: vid. MANIACI 2020.

⁸¹ Respecto a los prolegómenos de la adopción de la Constitución americana, así como a determinadas discusiones circundantes, vid. BEEMAN 2012; HAMILTON et al. 2012 [1787-1788].

⁸² Vid. GUASTINI 2017, cap. XI.

principios, valores). Así termina por sugerirse que toda otra “constitución” sería espuria, indigna de este nombre. Esta no es sino una posición ingenua, ideológicamente cargada, respecto del concepto de constitución. Sostener que este es el caso implicaría borrar de un plumazo toda la historia, rica en matices, del concepto. Por otro lado, no se ve por qué sería conveniente hacerlo: de un plumazo se borraría la historia de las constituciones del “socialismo real”, muchas constituciones de los siglos XVII y XVIII, entre otras⁸³.

Aun así, es del caso resaltar otras mutaciones conceptuales que coincidieron con esta transformación ideológica del concepto de constitución y que, por supuesto, reflejan bien el espíritu de su tiempo. Ante todo, el rechazo del pensamiento antiguo en cuanto a la equiparación entre sociedad política y sociedad civil, que durante siglos fue la manera “natural” de pensar. Esto se ve, por ejemplo, en la obra –relevante en varios aspectos– de Paine. Aquí basta recordar el célebre inicio de *Common Sense* (1776):

«Algunos escritores han confundido hasta tal punto sociedad con gobierno hasta dejar poca o ninguna diferencia entre ellos; mientras que estos no solo son diferentes, sino que tienen distintos orígenes. La sociedad es el producto de nuestros deseos, y el gobierno de nuestras debilidades; el primero promueve *positivamente* nuestra felicidad al unir nuestros afectos, el segundo lo hace *negativamente* al restringir nuestros vicios. La una estimula nuestras relaciones, el otro crea distinciones (...) La sociedad, en cualquier estado es una bendición, pero el gobierno, incluso en su mejor estado no es sino un mal necesario, en el peor de sus estados, uno intolerable»⁸⁴.

Como se ve en estas líneas, aparecen dissociadas la *sociedad* (civil) y el *gobierno*. Se trata de una característica cardinal que separa todavía más al constitucionalismo antiguo y medieval del constitucionalismo moderno: el individuo es un integrante con identidad propia que hace parte de la sociedad civil, y esta es cosa distinta respecto del gobierno (la sociedad política)⁸⁵. También la “forma de gobierno” es tratada como algo diverso respecto de la “constitución”, como aparece también en Paine (en la célebre obra *Rights of Man* (1791)): «Una constitución no es el acto de un gobierno, sino de un pueblo que constituye un gobierno; y gobierno sin constitución es poder sin derecho»⁸⁶. Es interesante notar que Paine empieza señalando que es *evidente* que constitución y gobierno son cosas distintas, pero solo un poco más adelante ve necesario remarcar que su trabajo está dedicado, al menos en parte, a *demostrar* (este es el término que utiliza) que en efecto esto es así. No es fantasioso arriesgar la hipótesis de que Paine remarcó este punto porque conocía bien que constitución y (forma de) gobierno fueron tratados como sinónimos durante siglos.

Ahora bien, vemos también que Paine, en sus esfuerzos por marcar estas distancias, recurre a ejemplos de constituciones entendidas como documentos normativos (lo que hoy solemos llamar “constitución documental”). Pero las constituciones documentales fueron, en cierto sentido, una novedad⁸⁷. Un rasgo interesante es que, si bien de estas constituciones hay ya

⁸³ Dice GUASTINI (2017, 325): «Resta però da capire quale mai possa essere il vantaggio epistemologico di escludere dal dominio della storia costituzionale non solo le costituzioni del “socialismo reale”, ma anche molte costituzioni sette-ottocentesche - quelle napoleoniche, quella norvegese, quella svizzera, quella della Terza Repubblica francese, lo stesso Statuto albertino (piuttosto povero di “valori”, in verità), etc. - e forse persino la costituzione federale americana, almeno fino all'approvazione del *Bill of Rights*».

⁸⁴ PAINE 2012 [1776], 7. Traducción libre.

⁸⁵ La pretendida sinonimia entre *polis* y *civitas*, aquí aparece como un mero dato etimológico.

⁸⁶ PAINE 2017 [1791], 201.

⁸⁷ Cabría hacer algunas precisiones, por la materia del trabajo de LASALLE (2018 [1862], 55-58), pero hallo interesante, a estos efectos, citar este fragmento: «no hay nada más errado... que la idea tan extendida de que las constituciones son una característica peculiar de los tiempos modernos. No hay tal cosa (...) Todo país tiene, y ha tenido siempre, en todos los momentos de su historia, una Constitución real y verdadera. Lo específico de los tiempos modernos... no son las constituciones reales y efectivas, sino las constituciones escritas».

varios ejemplos en la historia de los Estados Unidos, y que la propia independencia quedará sellada por la promulgación de la Constitución federal, así como el hecho de que entre los franceses surgiera el mismo fenómeno de “codificación constitucional”⁸⁸, la idea no es originalmente americana o francesa⁸⁹. Sobre este segundo caso, Posada dice que a pesar de que se puede afirmar que la *ocurrencia* –es la palabra que usa– de una constitución escrita respondía «a los ideales del espíritu francés», la idea original no es de origen francés: «por extraño que parezca, la idea de una constitución escrita viene del país del derecho constitucional consuetudinario: de Inglaterra»⁹⁰.

Este dato es correcto, pero no resuelve todavía cuál de las constituciones escritas puede ser considerada ya como una constitución *moderna*. Jellinek, por ejemplo, dice que las Cartas de Connecticut (1662) y de Rhode Island (1663) son «las más antiguas constituciones escritas, en el sentido moderno de la palabra»⁹¹. Dippel, por su parte, señala que, en la antesala de la Revolución americana, existían ya dos constituciones escritas, las de New Hampshire (1776) y Carolina del Sur (1776), pero que estas conservaban los elementos tradicionales. De ese modo, solo la Declaración de Derechos de Virginia (1776) podría ser considerada –siempre según Dippel–⁹² en toda regla como la primera constitución *moderna* (o el primer documento constitucional moderno, siendo algo más precisos).

Por supuesto, decidir qué cuenta como una constitución moderna depende también de los elementos que atribuyamos a un documento normativo dado para que este pueda satisfacer esta propiedad (ser “moderno”). Una definición (siempre estipulativa) en este sentido, podría atarse a la tradición que consideramos moderna en el marco del pensamiento. Y para esto, en realidad, no es necesario inventar una nueva, sino recurrir a la ya citada del artículo 16 de la Declaración de 1789. De tal manera que una constitución moderna contendría no solo la *forma de gobierno* de un Estado (o sea, la forma en que está ordenado el poder), correspondiente al concepto *antiguo* de constitución. Ante todo, una constitución moderna contendría una forma específica de organización del poder conforme a una división de poderes: es decir, la distribución de las diferentes funciones del Estado⁹³. Por último, y sobre todo, una constitución moderna contendría algunos derechos que deberían encontrarse allí previstos. Si esto es así, podría decirse que la Declaración de Virginia cumplía, a grandes trazos, con tales condiciones; aunque, en un sentido más preciso, las dos primeras constituciones *modernas* serían la francesa de 1791 y la americana, una vez que la Carta de Derechos (i.e., las Enmiendas) fue incluida como parte de ella (en el mismo año, 1791). Huelga decir que todos estos elementos ya se encontraban, aunque dispersos, en diferentes documentos, aunque muchos no tuvieran sino el valor de declaraciones sin genuina eficacia.

En este rompecabezas falta una pieza importante. Se trata de un aspecto atado al principio de soberanía popular, esto es, el problema de la democracia moderna. En cualquier ordenamiento se llama “soberano” a aquel que detenta el poder. Si quisiéramos banalizar un poco la cuestión, podríamos decir que la soberanía está atada a una pregunta bastante simple: *¿quién gobierna (es titular del poder)?* ¿Gobierna –i.e., es el titular o detentor del poder– uno solo, gobiernan unos

⁸⁸ GUASTINI 2016a, 263.

⁸⁹ Por otro lado, suele decirse que la que sí es idea originalmente francesa es aquella del “poder constituyente” (vid. SIEYÈS 2002 [1789]). Al respecto, dice ZAGREBELSKY (2005, 36): «Central en la concepción revolucionaria de la constitución como voluntad expresada en un texto que rige sobre la historia constitucional es el poder constituyente, una de las mayores novedades político-constitucionales de la época moderna».

⁹⁰ POSADA 2000, 52. (Ejemplos de tal fenómeno se podrían hallar, en ciernes, ya en la *Magna Charta* de 1215, y, quizás de modo más preciso, en el *Instrument of Government* (1653)). Nótese que, en la clasificación de BARBERIS (2008, 125 ss.), en una tipología de las constituciones, estas pueden entenderse en su sentido documental (“el código constitucional”), material (“la distribución de hecho del poder político”) y funcional (“el conjunto de costumbres constitucionales”).

⁹¹ JELLINEK 2000, 93.

⁹² DIPPEL 2005, 156-158.

⁹³ GUASTINI 2016b, cap. XXVII.

pocos o gobiernan muchos? Durante toda la Edad Media se daba prácticamente por descontado que el “verdadero” soberano debiese ser el rey (gobierno de uno), y nadie más que él. Las monarquías medievales consistían en esto precisamente. El principio de soberanía popular nace a partir de un cambio en la relación de fuerzas. Cuando se dice que el soberano es el “pueblo” se dice que el poder de gobernar descansa –o más bien debe descansar– en el conjunto de los ciudadanos de un Estado (de Locke a Rousseau y a Paine, así se presenta este principio)⁹⁴. En suma, se trata de una forma del gobierno de muchos: la democracia. Pero aquí es del caso apuntar que entre los modernos el término “democracia” no es el mismo que entre los antiguos: la democracia moderna es la democracia representativa de corte liberal, la democracia de los antiguos es la democracia directa del *ágora*⁹⁵.

En la democracia de los antiguos, por supuesto, no entra en juego el problema del liberalismo: de hecho, la doctrina liberal es solo moderna⁹⁶. El liberalismo –cuyo primer fin era limitar el poder en favor de los *individuos*– nace con independencia de la democracia. La democracia –cuyo primer fin era la distribución del poder en favor del *pueblo*– no nace atada al liberalismo⁹⁷. Pero la democracia moderna es, como dice Bobbio⁹⁸, la consecuencia del Estado liberal; ello, por cuanto la soberanía popular nace del presupuesto individualista (base de la teoría de los “derechos naturales”) de que cada persona cuenta con una identidad propia, identidad que es la base de su libertad.

En el pensamiento moderno, la democracia adopta el mismo paradigma individualista: atomiza la sociedad en cada una de sus partes (los individuos), para después recomponerla en el conjunto de los ciudadanos (el pueblo)⁹⁹. Si esto es así, democracia y liberalismo están atados por la conjunción de dos clases de derechos: por un lado, los derechos de libertad (libertades liberales), y, por otro, los derechos políticos (libertades democráticas). La deliberación, que se entiende como un antecedente de las decisiones democráticas, puede ser considerada como tal solo en un marco de libertades. En ese sentido, el procedimiento democrático sin la garantía de las libertades liberales (expresión, reunión, asociación, etc.) es simplemente ficticio, no real. Si se toma en serio al voto como mecanismo de decisión democrática, y a la regla de mayoría como una fórmula genuina de formación de la voluntad general, la única forma de que tal ejercicio tenga relevancia, y no se vuelva entonces una mera práctica simulada, es que quienes son los poseedores de ese derecho puedan ejercerlo en un marco de libertades¹⁰⁰. La democracia representativa se afianzó, así, en los ordenamientos modernos; de allí que el vocablo *constitución* y la doctrina *constitucionalista* terminaran por asociarse –en términos siempre axiológicos– con el ordenamiento *democrático-liberal*. Pero la democracia y la libertad conocieron después varias amenazas que pusieron en riesgo a sus propias bases. Veamos.

5. La constitución de los contemporáneos

Cuando se dice que en el período de entreguerras se produjo un proceso de “desconstitucionalización” quiere hacerse alusión al hecho de que los valores del Estado liberal-democrático habían sido puestos en entredicho por parte de algunas doctrinas que marcaron la historia de aquellos tiempos convulsos; doctrinas, bien se diga, que pretendieron minar las bases del constitu-

⁹⁴ LOCKE 2006 [1690]; ROUSSEAU 2007 [1792]; PAINE 2017 [1791].

⁹⁵ BOBBIO 2009, 401-409; BOBBIO 2013, 32-38.

⁹⁶ Los que hoy por hoy mantienen esta crítica (vid., *inter alia*, HANKE 2011) simplemente yerran el blanco.

⁹⁷ Vid., *inter alia*, MANIN 1997.

⁹⁸ BOBBIO 2013.

⁹⁹ Vid., *inter alia*, TOCQUEVILLE 2015 [1835]; MILL 2001 [1861].

¹⁰⁰ Al respecto, sobre huellas bobbianas, vid., en general, MALDONADO-MUÑOZ 2019.

cionalismo moderno. Dos vertientes arreciaban, por izquierda y por derecha: por un lado, la Revolución bolchevique que triunfó en Rusia (1917) y, por otro, el fascismo que se instaló en Italia (1922). De poco valió en Alemania que la Constitución de Weimar (1919) proclamara aquellos principios de la democracia-liberal cuando el nacionalsocialismo llegó al poder (1933). Este movimiento sumó a los valores “patrióticos” del fascismo la reivindicación de la “superioridad de la raza aria” (nazismo y antisemitismo están atados)¹⁰¹. De las vergüenzas de la Segunda Guerra Mundial –que no son pocas– la peor fue la Shoá (esto es, el proceso que –a regañadientes por el término del que se trata– llamamos “Holocausto”)¹⁰². No es este el lugar para hablar *in extenso* del tema, aunque quizás sea oportuno recordar que las heridas de Auschwitz aún no se han cerrado del todo y que los testimonios de los pocos sobrevivientes hoy valen tanto como en su tiempo, en particular como un necesario llamado a la memoria (*perché ciò che è stato possibile perpetrare ieri potrà essere tentato nuovamente domani, potrà coinvolgere noi stessi o i nostri figli. Si prova la tentazione di torcere il viso e distogliere la mente: è una tentazione a cui ci si deve opporre*¹⁰³).

La Shoá y el lanzamiento de las dos bombas atómicas sobre Hiroshima y Nagasaki (6 y 9 de agosto de 1945) representan, en su especie, un *unicum* en la historia de la humanidad. Es por esto que el constitucionalismo contemporáneo se puede ubicar en la época de la segunda posguerra, en buena parte como una reacción a estos acontecimientos. En efecto, el documento más importante del constitucionalismo contemporáneo, uno de sus hitos fundacionales si se quiere, es la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Lo inédito de esta declaración es su pretendida validez universal:

Mientras la afirmación de los derechos naturales era una teoría filosófica, esta afirmación tenía valor universal pero no tenía eficacia práctica alguna; cuando estos derechos fueron acogidos en las constituciones modernas, su protección se convirtió eficaz, pero sólo en los límites en los que venía reconocida por parte de aquel determinado Estado. Desde la Declaración Universal, la protección de los derechos naturales tiende a tener en sí misma eficacia jurídica y valor universal. Y el individuo tiende a convertirse de sujeto de una comunidad estatal en sujeto también de la comunidad internacional, potencialmente universal¹⁰⁴.

Esta especie de “proyecto cosmopolita”¹⁰⁵, sin embargo, no ha terminado aún de realizarse (en este sentido, dice Ferrajoli, el ordenamiento internacional es «un conjunto de promesas no

¹⁰¹ Esto formaba parte del plan original italiano, pero después, ignominiosamente, se añadió mediante las “leyes raciales del fascismo” (1938).

¹⁰² Vid. AGAMBEN 2000, 16 ss.

¹⁰³ LEVI 2007 [1986], 38 s. Además, me vienen a la mente los versos del más famoso poema (que da nombre al primer libro, *Se questo è un uomo* (1947)), de Primo Levi, un judío italiano sobreviviente de Auschwitz: «Vosotros que vivís seguros / en vuestras cálidas casas, / vosotros que encontráis al regresar a la tarde / la comida caliente y los rostros amigables: / Considerad si esto es un hombre / que trabaja en el fango / que no conoce la paz / que lucha por medio pan / que muere por un sí o por un no. / Considerad si esta es una mujer, / sin cabellos y sin nombre / sin más fuerzas para recordar / vacíos los ojos y frío el vientre / como una rana en invierno. / Pensad que esto sucedió: / os encomiendo estas palabras. / Esculpidlas en vuestros corazones / estando en casa, caminando por las calles, / al acostaros, al levantaros. / Repetidlas a vuestros hijos. / O que se derrumben vuestras casas, / que la enfermedad os incapacite / y que vuestros descendientes os nieguen la mirada». El original, en italiano, dice: «Voi che vivete sicuri / nelle vostre tiepide case, / voi che trovate tornando a sera / il cibo caldo e visi amici: / Considerate se questo è un uomo / che lavora nel fango / che non conosce pace / che lotta per mezzo pane / che muore per un si o per un no. / Considerate se questa è una donna, / senza capelli e senza nome / senza più forza di ricordare / vuoti gli occhi e freddo il grembo / come una rana d'inverno. / Meditate che questo è stato: / vi comando queste parole. / Scolpitele nel vostro cuore / stando in casa andando per via, / coricandovi, alzandovi. / Ripetetele ai vostri figli. / O vi si sfaccia la casa, / la malattia vi impedisca, / i vostri nati torcano il viso da voi». Traducción libre.

¹⁰⁴ BOBBIO 1991, 39.

¹⁰⁵ El “constitucionalismo cosmopolita”, por otra parte, ha sido abordado recientemente en otros términos. Piénsese en el texto *Cosmopolitan Constitution*, de A. SOMEK (2014, 244 ss.): “The cosmopolitan constitution has a janus-faced

mantenidas»¹⁰⁶). En todo caso, es oportuno subrayar que las constituciones de algunos países representaron, por otro lado, la materialización a nivel interno de aquel proyecto que tenía como su centro a las libertades. Es un hecho a destacar que las dos primeras constituciones de la posguerra hayan venido justamente de Italia (1948) y Alemania (1949). En la segunda de estas se dice que en la base del reconocimiento de los derechos está la *dignidad* del ser humano. Aquí también hay un ligamen que ata el pensamiento renacentista al pensamiento liberal y al pensamiento constitucional de la contemporaneidad.

Sin embargo, el constitucionalismo contemporáneo no puede comprenderse sin otras dos instituciones –por decirlo de modo genérico– cuyos antecedentes se encuentran en la época previa a la segunda posguerra. Se trata de la constitucionalización de los derechos sociales, por obra de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos (1917), por un lado, y de la incorporación del sistema de control concentrado de constitucionalidad, a instancias del modelo kelseniano¹⁰⁷ de la Constitución austríaca (1920), por otro. El concepto (axiológico) de constitución permanece entre los contemporáneos como lo hace entre los modernos: la idea de una constitución (documental) cuya base sea la soberanía popular, con el poder dividido en funciones y una declaración de derechos. Pero en las constituciones de la segunda posguerra generalmente se amplía el catálogo de los derechos y se suma el aspecto del control de constitucionalidad.

Uno de los esquemas conceptuales que suele usarse para explicar la existencia de al menos tres “generaciones” de derechos pasa por una serie de mutaciones del concepto de libertad. Quisiera recordar que en una *conversación* entre Ferrajoli y Barberis, publicada en un libro de *Il Mulino*, Mauro Barberis habla de los derechos sociales como una “invención” dentro del propio pensamiento liberal, no como algo extraño a él¹⁰⁸. Por supuesto, se trata de una específica posición liberal¹⁰⁹. Luigi Ferrajoli, a su turno, señala que las fórmulas, respectivamente, del

appearance. Viewed from one perspective, it is congenial to our political nature; from another, it is not. It is possible, therefore, to distinguish between a political and an administrative face of the cosmopolitan constitution (...) The segmented world of bounded democracies is one large zone of virtual representation. So long as the conditions of virtual representation are met no national democracy raises any issues of democratic legitimacy across borders. Just as virtual representation depends on the integrity of actual representation, cosmopolitan self-determination depends on actual political self-determination (...) The principle of cosmopolitan citizenship requires that the laws of those polities that live up to the principles of human rights, democracy, the rule of law, and non-discrimination be respected. This is a matter of mutual cosmopolitan civility. This principle of cosmopolitan citizenship alters fundamentally what we take to be the default relationship to the world... our most elementary status is not that of a citizen of a polity. We are *prima facie* on foreign territory. We are at home in the world. We are not at home in a place. The world is not a place because it is boundless. Rather, it is the medium for picking and choosing places. Cosmopolitans (...) do not belong to a place. They are foreign. According to the core conception of cosmopolitan citizenship one can only be virtually represented by an active citizenry. Virtual representation is derivative of actual representation. Dependent cosmopolitan self-determination presupposes political self-determination (...) When actual representation and political volition drop out of the picture and can no longer be regarded as necessary conditions of virtual representation the ambivalence of the cosmopolitan constitution is fully revealed. One encounters its administrative face. This means in practice that more problem solving is either prepared by, or delegated to, administrative or private bodies on either a national or a transnational scale. The administrative face of the cosmopolitan constitution grows in the shadow and as a shadow of the political face”.

¹⁰⁶ FERRAJOLI 2018, 52. La expresión “promesas no mantenidas”, como se sabe, hace alusión al primer capítulo de *El futuro de la democracia*, de BOBBIO (1986). Como se verá hacia el final, el problema relativo a la posibilidad de una “democratización global” – aunque esta expresión no pueda considerarse unívoca y, por ende, tampoco de uso pacífico – impone trabas a un pretendido proceso de expansión del constitucionalismo entendido de modo sustancial.

¹⁰⁷ Vid. KELSEN 1928; 1942.

¹⁰⁸ FERRAJOLI-BARBERIS 2013, 63 ss.

¹⁰⁹ No se aplica al “libertarismo”, por ejemplo. Muchos liberales, generalmente los que no abrazan las tesis libertarias como he dicho, sostienen que un cierto sistema (aunque sea mínimo) de asistencia, resulta necesario para que la misma “lógica” liberal (también, incluso, la del mercado) pueda funcionar. De hecho, no es aventurado decir que el propio Adam Smith puede ser considerado como el primer ejemplo en ciernes de este fenómeno (vid. Smith, 2007, libro I, cap. VIII; libro V, cap. I, parte III; y, también, High, 1985).

Estado liberal mínimo y del *Estado social máximo*, aunque aparentemente antitéticas, no solo que no se contraponen, sino que hallan su integración en el modelo constitucional continental europeo¹¹⁰. Visto de este modo –como surge del texto del propio Barberis¹¹¹ al “constitucionalismo posliberal” la etiqueta solo se le ajusta parcialmente: el liberalismo no se ve tanto superado cuanto enriquecido (ello, me repito, desde una posición *liberal* específica). La diferencia, en todo caso, estribaría en que, en el constitucionalismo contemporáneo, «la constitución no es ya concebida (solo) como límite del poder político, sino (también) como su fundamento»¹¹², aunque siempre el concepto de libertad vaya atado a aquel.

Pero vamos por partes. Kelsen había afirmado, en un famoso texto sobre la democracia, lo siguiente: «Ya que hemos de ser gobernados, aspiramos al menos a gobernarnos por nosotros mismos»¹¹³. Admitidos dos conceptos de “autogobierno”, uno personal y otro social, aquí se hallan en ciernes dos conceptos que aparecerán con claridad solo después en las obras de Bobbio¹¹⁴ y Berlin¹¹⁵; esto es, la libertad como *no-impedimento* (como inmunidad personal frente al poder de terceros, en especial del Estado) y la libertad como *autonomía* (como libertad personal para actuar y como libertad democrática por la que el conjunto de los individuos tiene el derecho a determinar –al menos mediante representantes– las leyes a las que ha de someterse). De aquí nacen dos tipos de libertades que suelen llamarse, respectivamente, *libertad liberal* (o negativa) y *libertad democrática* (o positiva)¹¹⁶. En el primer concepto se engloban los derechos de libertad: conciencia, religión, expresión, imprenta, asociación, etc. En el segundo, los derechos políticos: elegir y ser elegido, participar –al menos mediante representantes– en la formación de las leyes, etc. Pero los así llamados derechos sociales nacen de una mutación ulterior, la que suele llamarse *libertad social*, entendida como aquella que debe tutelar la «capacidad jurídica y material para concretar las posibilidades abstractas garantizadas por las constituciones liberales»¹¹⁷. En otras palabras, proteger derechos como la salud o la educación no implica un detrimento de la libertad de los individuos; al contrario, se trata de una ampliación de sus posibilidades efectivas: una persona sana es más libre que una persona enferma, una persona educada es más libre que una persona ignorante¹¹⁸. Los derechos, en este sentido, no corresponderán solamente a obligaciones de abstención (como en general en los derechos de libertad), sino a obligaciones de prestación (como en general en los derechos sociales)¹¹⁹.

Los derechos fundamentales, por lo demás, no constituyen un *numerus clausus*¹²⁰: nuevas generaciones y nuevos derechos suelen ser introducidos en las constituciones o, en su caso también, mediante los fallos de las altas cortes¹²¹. A menudo, por otro lado, las constituciones contemporáneas contienen “cláusulas abiertas” de derechos cuyo fin es que otros derechos

¹¹⁰ Dice Ferrajoli (2013, 66): «Il costituzionalismo inglese... ha inventato le libertà fondamentali, la separazione dei poteri e perfino il *welfare*. Tuttavia, proprio per la forza di questa sua tradizione liberale, che lo ha reso immune da avventure di tipo fascista, il sistema del *rule of law* ha potuto permettersi di rimanere in gran parte ancorato al vecchio modello giurisprudenziale del diritto premoderno, al punto da non aver conosciuto non solo una formale Costituzione scritta, ma neppure le codificazioni, cioè le due grandi conquiste della modernità giuridica sulle quali il costituzionalismo continentale ha invece edificato l'intero sistema delle garanzie dei diritti fondamentali».

¹¹¹ BARBERIS 2006, 86.

¹¹² BARBERIS 2006, 86.

¹¹³ KELSEN 1934, 16.

¹¹⁴ BOBBIO 2009, 113-126; 401-417. Vid., también, BERNAL PULIDO 2008.

¹¹⁵ BERLIN 1969.

¹¹⁶ Vid. MALDONADO-MUÑOZ 2018, 25 ss.

¹¹⁷ BOBBIO 2009, 526.

¹¹⁸ BOBBIO 2009, 538 ss.

¹¹⁹ FERRAJOLI 2001, 19.

¹²⁰ CHIASSONI 2011, 27 s.

¹²¹ En general vid. MALDONADO-MUÑOZ, 2018, 83 ss.

puedan ser introducidos mediante la reflexión filosófica y jurídica¹²². Nuevas generaciones, como las de los derechos colectivos o las de los derechos ambientales, e incluso nuevos sujetos de derechos, como los animales¹²³ o, inclusive, la naturaleza¹²⁴, han encontrado un lugar en la ampliación del catálogo de derechos en varios ordenamientos.

El control de constitucionalidad, como otra característica cardinal del constitucionalismo (moderno en el modelo americano, contemporáneo en el modelo continental-europeo), pretende asegurar, al menos en línea de principio, que el legislador ordinario no expida “derecho inconstitucional”¹²⁵, es decir, asegurar el principio de legalidad material. El control de constitucionalidad, según el órgano que realiza dicho control, se divide clásicamente en tres modelos¹²⁶: (1) difuso, (2) concentrado, (3) mixto. En el modelo difuso norteamericano (*judicial review*) –que de acuerdo con la tradición es hijo del celeberrimo fallo *Marbury v. Madison* (1803)¹²⁷– los jueces pueden declarar la inconstitucionalidad de las normas sometidas a su conocimiento con efectos, en general, *inter-partes*. En el modelo concentrado austríaco, un órgano especializado realiza el control de constitucionalidad de las normas, con efectos, generalmente, *erga-omnes*. En el modelo mixto, por su parte, existe un órgano concentrado de control (como una corte o tribunal constitucional) que convive con jueces ordinarios que tienen la facultad de declarar inaplicables las normas en los casos concretos¹²⁸. La conveniencia de un modelo u otro¹²⁹ o la nitidez de estas distinciones¹³⁰ no son

¹²² No es infrecuente encontrar disposiciones, generalmente denominadas cláusulas abiertas, que se han previsto en las constituciones con el fin de permitir la inclusión de nuevos derechos. Algunos ejemplos se pueden encontrar en la Novena Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, en el art. 11.7 de la Constitución del Ecuador, en el art. 5.2 de la Constitución brasileña, entre otros.

¹²³ En la reflexión filosófica se han planteado varios debates acerca de la posibilidad de identificar a nuevos sujetos de derecho. El más apasionante y el más interesante de estos debates tiene que ver con la posibilidad de atribuir o reconocer derechos a los animales: el debate sobre los derechos de los animales, que los animalistas han avivado desde hace al menos tres décadas, constituye uno de los últimos de una larga lista de reivindicaciones que pretenden el reconocimiento de un cierto estatus a algunos “agentes morales” y a otros “pacientes morales” (este último sería el caso de ciertos animales, pero también de algunos seres humanos con capacidades disminuidas en razón de su edad o de su estado físico o mental). Y si bien este no es el lugar para explayarse al respecto, considero importante citar una parte de la bibliografía relevante: CASTIGNONE 1985; CAVALIERI & SINGER 1994; VIOLA 2003; NOZICK 1997, 305-310. Nótese, también, que esta no es la única discusión que se ha dado en la historia acerca de la posibilidad de atribuir a los animales “situaciones jurídicas subjetivas”, aunque en el pasado se pensara en obligaciones y no en derechos. En época griega y romana se cuenta de ciertos casos en donde se consideraba a los animales como “personalmente” responsables de ciertos actos. Incluso se dice que en tiempos de la inquisición se realizaron sendos procesos contra una cerda acusada de un homicidio, entre otros casos igualmente llamativos: se habla, por ejemplo, de «juicios realizados físicamente a animales, [y de] sentencias dictadas en su contra tan curiosas como la expulsión de los animales... de los campos cultivados a tierras salvajes» (MORALES MUÑIZ 1998, 308). KELSEN atribuye estos casos a una concepción animista: «cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres» (2009 [1960], 58). Esta concepción fue eventualmente abandonada. No desapareció, sin embargo y para bien, el debate acerca de los «deberes humanos hacia los animales». Personajes tan prestigiosos como KANT (2013, 359 s.) se vieron inmiscuidos en este debate. Para Kant, los seres humanos no tienen deberes directos hacia los animales, sino solamente hacia otros humanos; sin embargo, dice él, maltratar a un animal es un acto inhumano, de modo que si debemos evitar realizar este tipo de actos es porque debemos a otros humanos conservar nuestra humanidad. Pero también esta concepción ha ido cediendo terreno, y hoy prácticamente no hay moralista que no sostenga que tenemos algunos deberes directos hacia los animales. Por supuesto, el debate aparentemente más complejo es aquel que tiene que ver con los *derechos* de los animales. Empero, la cuestión tiene que ver con la asunción de una cierta ideología, aunque no por esto menos deseable en términos morales.

¹²⁴ Es el caso del Ecuador, vid. arts. 10 y 71 de la Constitución de la República. La cuestión, empero, no es de fácil resolución (al menos práctica). Vid., SIMON 2013; cfr. ÁVILA 2014, 85 ss.

¹²⁵ Vid., *inter alia*, PÉREZ ROYO 2007, 126 ss.

¹²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA 1982, 123 ss.; NINO 2005, 659 ss.

¹²⁷ Las cosas, sin embargo, parecen ser diferentes (vid. GARCÍA-MANSILLA 2020).

¹²⁸ Tal era el caso, por ejemplo, del Ecuador durante la vigencia de la Constitución de 1998 (vid. arts. 274 ss.).

¹²⁹ Este era el punto en el citado trabajo de KELSEN (1942).

¹³⁰ Para muestra, un botón. En el caso argentino, donde el sistema de control constitucional es difuso (no

materia de este trabajo. Sí lo es resaltar que el control de constitucionalidad es garantía de la supremacía efectiva de la constitución¹³¹. La supremacía de la constitución, así como su *rigidez*, son típicos del constitucionalismo contemporáneo¹³².

Todo esto, como se dijo, sumado al hecho de que las constituciones de la posguerra son generalmente largas (i.e., que no se limitan a disciplinar la organización de los poderes públicos, sino que incluyen –cuanto menos– un (amplio) catálogo de derechos)¹³³, puede entenderse como la fuente de una característica saliente del constitucionalismo contemporáneo –léase bien, no del neoconstitucionalismo–, esto es, la “constitucionalización del ordenamiento”. Este fenómeno, como dice Guastini, se distingue porque un ordenamiento de este tipo (“constitucionalizado”) presenta las siguientes características: (a) La legislación resulta condicionada por la constitución en la medida en que los “fines” se estiman predispuestos por ella, dejándole al legislador la tarea de establecer solo “medios” (legítimos) para su puesta en marcha, (b) las decisiones de los jueces resultan condicionadas porque ellos tienen la obligación de aplicar no solo las leyes, sino también –y primariamente– la constitución (aun a falta del desarrollo de normas inferiores), (c) las relaciones privadas resultan condicionadas porque la constitución no disciplina solamente relaciones verticales (entre el Estado y los ciudadanos), sino también horizontales (entre ciudadanos), (d) el estilo doctrinal del estudio del derecho resulta condicionado en la medida en que los tratadistas buscan el fundamento axiológico de sus instituciones en la constitución, (e) el accionar político resulta condicionado porque los actores políticos y los órganos constitucionales buscan, en general, justificar sus decisiones y acciones en la constitución¹³⁴.

Decía antes que el control de constitucionalidad constituye un rasgo saliente del constitucionalismo; aunque también haya generado suspicacias. Los críticos del constitucionalismo lo

concentrado), los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma se producen, en principio, solamente *inter-partes* (no *erga-omnes*); lo cual tiene incidencia también en el sistema de derechos. Pero también aquí ha de tenerse en cuenta que el así llamado fenómeno de “expansión”, directa o indirecta, de las sentencias de declaratoria de inconstitucionalidad influye en los efectos de los fallos dictados en ese sistema (particularmente en el caso de las sentencias de la Corte Suprema de la Nación argentina). De cualquier manera, este tema rebasa los objetivos de este trabajo, por lo que lo dejo sin ulteriores precisiones.

¹³¹ En efecto, la constitución es fuente de validez formal y material del resto de las normas del ordenamiento, por lo que está jerárquicamente supraordenada a las demás normas. La constitución es fuente de validez formal en la medida en que discipline la forma de creación de las otras normas (que son, en este sentido, jerárquicamente inferiores desde el punto de vista formal). La constitución es fuente de validez material en la medida en que el contenido de las normas inferiores del ordenamiento no puede ser incompatible con la constitución (por lo que dichas normas, en este sentido, son jerárquicamente inferiores desde el punto de vista material). (Cito a GIANFORMAGGIO (1997, 540): «[L]a costituzione non è soltanto un dover essere: la costituzione come norma si distingue tanto dalla costituzione come ordine quanto dalla legge per essere (quanto meno) il dover essere della legge, vale a dire di un altro dover essere. La Costituzione-norma vale come limite e garanzia nei confronti (quanto meno) dell'arbitrio della volontà che pone le norme di legge»). Los conceptos de jerarquía formal y material, y de validez formal y material, están atados: una norma inferior es formalmente válida en la medida en que haya sido producida de acuerdo con las normas que disciplinan su creación (modificación o eliminación), mientras que una norma inferior es materialmente válida en la medida en que su contenido no resulte incompatible con las normas superiores en el ordenamiento.

¹³² Se puede decir que la noción de “Estado constitucional de derecho” no es sino la noción clásica en presencia de una constitución rígida y suprema (con observaciones ulteriores que aquí no discuto, vid. AGUILAR 2018, 9 s.).

¹³³ GUASTINI 2016b, 177.

¹³⁴ *Ibidem*, 176 s. En estas condiciones de “constitucionalización” se ha planteado que la interpretación de la constitución constituiría una práctica específica, distinta de la interpretación jurídica en general, entre otras cosas porque las constituciones contemporáneas abundan en principios. Esta tesis, sin embargo, no es persuasiva. La así llamada “tesis de la especificidad de la interpretación constitucional” yerra el blanco. Ello, haciendo un análisis general (por ende, constreñido a dejar de lado algunos aspectos importantes), al menos por dos razones: (i) materias reguladas por la constitución suelen ser reguladas también por las leyes (como en el caso de las leyes electorales), de modo que no se ve por qué demandarían métodos específicos que no sean a la vez comunes a ambos tipos de textos normativos; y, (ii) no solamente las constituciones expresan valores y principios, algunos textos legales (como el código civil o el código penal) contienen “principios fundamentales del sistema jurídico” o de sus áreas específicas. ¿Por qué los principios constitucionales requerirían un tipo distinto y específico de interpretación? (vid., GUASTINI 2011, 343 ss.)

presentan como un instrumento de limitación de la democracia¹³⁵. Aquí, a diferencia de lo que sucede con el concepto *sustancial* del constitucionalismo, tal movimiento es pensado como opuesto al poder democrático. Es interesante ver que la pugna entre democracia y constitucionalismo se plantea, *grosso modo*, porque se rechaza que un poder de control se imponga a la hipotética voluntad general expresada por las leyes formales creadas por el Parlamento. El problema no es sencillo, aunque puede admitir (al menos) dos estrategias de defensa: la primera es que, dado el control de constitucionalidad de las leyes, la soberanía no descansa ya, *in primis*, en el Parlamento, sino en el poder constituyente; la segunda es que, si la constitución es rígida –y esta es una característica del constitucionalismo contemporáneo– el legislador no puede disponer de la constitución (es este, decía antes, el principio de legalidad material)¹³⁶.

Queda, según creo, un aspecto que merecería ser destacado en el ámbito del derecho constitucional contemporáneo: la discusión en torno al problema de la ampliación de la esfera del constitucionalismo del ámbito interno al ámbito del derecho internacional. Ferrajoli, por ejemplo, sostiene que al proceso de constitucionalización de los Estados debería seguir la implementación de un genuino constitucionalismo global a instancias de la creación de una “esfera pública mundial” (en otro sentido, ya Ackerman hablaba de un *World Constitutionalism*)¹³⁷ cuyo fin primordial sea contrarrestar a los poderes financieros y económicos supranacionales que han logrado subvertir los poderes estatales¹³⁸, poniéndolos a su merced y condicionando su esfera de actuación y su eficacia. Es necesaria –piensa Ferrajoli¹³⁹ la implementación de un sistema de «límites y vínculos constitucionales» que puedan frenar el impulso de estos poderes *extra ordinem* en la esfera internacional, a instancias también de la protección de nuestras democracias¹⁴⁰. Esta propuesta puede hacerse coincidir con un ideal que tiene que ver, primordialmente, con la protección de los derechos de los individuos más allá de que sean habitantes de tal o cual Estado. Una aspiración, dirían algunos, de *iure utopico*¹⁴¹.

Por supuesto, al menos en parte la propuesta de expansión del constitucionalismo al ámbito internacional tiene también sus detractores. Así como los opositores al *judicial review* señalan que tal es antidemocrático, en el ámbito del derecho internacional algunos señalan que la expansión del derecho constitucional a estas esferas supone subvertir los procesos democráticos internos en pos de órganos (judiciales y administrativos) internacionales sin ningún tipo de representación. Se trata, según se dice, de un proceso de limitación de la democracia por obra del derecho. Por supuesto, también frente a este caso cabría poner algunos puntos sobre las íes: tomada en serio, la democracia –incluso procedimental– tiene algunos cotos que van más allá de la regla de mayoría¹⁴², y en no pocos casos el poder recurrir a las cortes internacionales es el único camino para buscar protección para los derechos desatendidos en el ámbito interno (piénsese particularmente en el caso latinoamericano, en donde el Sistema Interamericano de

¹³⁵ Vid., *inter alia*, WALDRON (2005), así como los defensores del *Popular Constitutionalism* (vid. KRAMER 2004).

¹³⁶ GUASTINI 2016, 165 ss.

¹³⁷ ACKERMAN 1997.

¹³⁸ Ya BOBBIO (2019, 416) había señalado: «El poder de una gran empresa multinacional desafía al gobierno democrático legítimo, de modo no distinto de como una gran potencia se sustrae a las deliberaciones de las Naciones Unidas o a una decisión de la Corte de Justicia de La Haya»

¹³⁹ FERRAJOLI 2018, 127 ss.

¹⁴⁰ FERRAJOLI 2018, 52.

¹⁴¹ Existe, por otro lado, un problema que atañe específicamente a la relación entre los Estados, no ya a los individuos. Aquí nos hallamos frente al problema de la posibilidad efectiva de que una completa “democratización” de la esfera internacional sea realizada. A los poderes privados supranacionales, ha de añadirse el poder (público) de las potencias sobre los demás Estados. Como decía ya Bobbio, la democratización del sistema internacional se topa con la distribución efectiva del poder en la comunidad internacional, con el peso de cada Estado: «Allí donde está reunida la comunidad, la Asamblea, en la que todos los Estados tienen el mismo derecho de voto, no está el poder. Allí donde podría localizarse el poder, el Consejo de Seguridad, no está la comunidad» (BOBBIO, 2019, 416).

¹⁴² Vid. BOBBIO 2009, cap. VIII.II, BOVERO 2012, MALDONADO-MUÑOZ 2019.

Derechos Humanos, más allá de las críticas que ha recibido, ha significado un avance sustancial en la protección de los derechos en la región). La deriva populista que, en no pocos casos, apunta sus dardos contra estas cortes, representa un peligro para las conquistas específicas del constitucionalismo liberal-democrático.

6. *Palabras finales*

Constitutionalism is not dead. In fact, it is still confronted with the same old problem of emancipation.

(Alexander Somek, *Cosmopolitan Constitution*)

Constitución, *de te fabula narratur*. Esta especie de narración acerca de la constitución y del constitucionalismo es –y no puede no ser sino– simplemente parcial, aproximativa. Sigue siendo cierto lo dicho por Dippel (sobre las huellas de McIllwain): la historia del constitucionalismo debe aún ser escrita¹⁴³. Esta declaración no supone que carezcamos de información que nos permita orientarnos en el terreno (los propios Dippel y McIllwain son fuente de consulta). Quiere decir, quizás, que esta historia es más compleja y escabrosa respecto de lo que podría aparecer a primera vista (este trabajo, que pretende ser un aporte a la construcción de una genealogía de la constitución, así lo demuestra). Por ello, debemos acercarnos a estudiarla con cuidado y detenimiento, lupa en mano, para hallar sus varios matices. Solo de ese modo podremos tener una idea –aunque sea aproximada– de cómo y por qué llegamos hasta acá. No me atrevo a decir qué vendrá después. Ciertamente, tengo algunos deseos específicos sobre el camino que debería seguirse; pero esa es, por supuesto, otra historia.

¹⁴³ DIPPEN 2005; MCILLWAIN 1947 [1940].

Referencias bibliográficas

- ACKERMAN B. 1997. *The Rise of World Constitutionalism*, en «Virginia Law Review», 83, 4, 771-797.
- AGAMBEN G. 2000. *Lo que queda de Auschwitz*, Pretextos.
- AGUILAR J.P. 2018. *El mito del nuevo paradigma constitucional*, CEP.
- ANDRÉS SANTOS F.J. 2013. *Cicerón y la teoría de la ‘constitución mixta’: un enfoque crítico*, en «Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho», 27, 1-29.
- ARISTÓTELES. 1989. *La Política (Politeia)*, Instituto Caro y Cuervo.
- ÁVILAR. 2014. *En defensa del neoconstitucionalismo andino*, CEP.
- BARBERIS M. 2006. *Liberalismo, costituzionalismo, pluralismo*, en «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXXVI, 1, 77-92.
- BARBERIS M. 2008. *Ética para juristas*, Trotta.
- BEEMAN R. 2012. *Introduction*, en ID. (ed.), *The Declaration of Independence and The United States Constitution*, Penguin.
- BERLIN I. 1969. *Two Concepts of Liberty*, en ID., *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press.
- BERNAL PULIDO C. 2008. *El concepto de libertad en la teoría política de Norberto Bobbio*, en «Isonomía», 29, 97-120.
- BOBBIO N. 2016. *Estado, gobierno y sociedad*, Fondo de Cultura Económica.
- BOBBIO N. 1981. *Società civile*, in *Enciclopedia Einaudi*, v. 13, 53-68.
- BOBBIO N. 1986. *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica.
- BOBBIO N. 1988. *Del mondo del privilegio al mondo dei diritti*, en «Vita italiana», 4, 3, 32-47.
- BOBBIO N. 1991. *El tiempo de los derechos*, Sistema.
- BOBBIO N. 2006. *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, Fondo de Cultura Económica.
- BOBBIO N. 2009. *Teoría general de la política*, Trotta.
- BOBBIO N. 2013. *Liberalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica.
- BOBBIO N. 2019. *L’interpretazione delle leggi e la ragion di stato*, en «Dereito, Economia & Sociedade Contemporânea», 2, 1, 144-153.
- BOVERO M. 2012. *Elezioni e democrazia. Note critiche sul principio di maggioranza*, en «Teoria Politica», 2, 293-303.
- BRICEÑO JÁUREGUI M. 1989. *Prólogo del traductor*, en Aristóteles. *La Política (Politeia)*, Instituto Caro y Cuervo.
- CASTIGNONE S. 1985. *I diritti degli animali*, Il Mulino.
- CAVALIERI P., SINGER P. 1994. *Il progetto grande scimmia: eguaglianza oltre i confini della specie umana*, Theoria.
- CICERÓN M.T. 1984. *Sobre la República*, Gredos.
- CHIASSONI P. 2011. *Diritti umani, sentenze elusive, clausole ineffabili. Scritti di realismo militante*, Aracne.
- CHIASSONI P. 2013. *Laicidad y libertad religiosa*, Cuaderno 10, UNAM.
- COMANDUCCI P. 2016. *Estudios sobre constitución y derechos fundamentales*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- CONTINISIO C. 1997. *Introduzione*, en BOTERO G. *La ragion di stato*, Donzelli.

- DEW T.R. 1832. *Review of the Debate in the Virginia Legislature of 1831-1832*, T.W. White.
- DIPPEL H. 2005. *Modern Constitutionalism. An Introduction to History in Need of Writing*, en «Legal History Review», 73, 1, 153-170.
- ESPITIA GARZÓN F. 2016. *Historia del derecho romano*, Universidad Externado de Colombia.
- FERRAJOLI L. 2001. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta.
- FERRAJOLI L. 2013. *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, Il Mulino.
- FERRAJOLI L. 2018. *Libertad y propiedad. Por un constitucionalismo de derecho privado*, Palestra.
- FIORAVANTI M. 2001. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Trotta.
- FRANCA FILHO M.T. 2006. *Historia y razón del paradigma westfaliano*, en «Revista de Estudios Políticos», 131, 87-III.
- GARCÍA DE ENTERRÍA E. 1982. *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas.
- GARCÍA-MANSILLA M.J. 2020. *Marbury v. Madison y los mitos acerca del control judicial de constitucionalidad*, en «Revista Jurídica Austral», 1, 1, 9-89.
- GAYO. 1845. *La Instituta*, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica.
- GIANFORMAGGIO L. 1997. *Tempo della costituzione, tempo della consolidazione*, en «Politica del diritto», 4, 527-551.
- GUASTINI R. 2011. *Interpretare e argomentare*, Giuffrè.
- GUASTINI R. 2013. *Distinguendo ancora*, Marcial Pons.
- GUASTINI R. 2016a. *Las fuentes del derecho*, Raguél ediciones.
- GUASTINI R. 2016b. *La sintaxis del derecho*, Marcial Pons.
- GUASTINI R. 2017. *Discutendo*, Madrid, Marcial Pons.
- GUILLÉN J. 1982. *La constitución romana según Cicerón*, en «Humanitas», 33/34, 147-212.
- GUZMÁN BRITO A. 2002. *El vocabulario histórico para la idea de constitución política*, en «Revista de estudios histórico-jurídicos», 24, 267-313.
- HAMILTON A. et al. 2012. *The Federalist Papers*, Penguin.
- HANKE S.H. 2011. *Sobre la democracia versus la libertad*, en «Cato Institute» (Disponible en: <https://www.elcato.org/sobre-la-democracia-versus-la-libertad>).
- HART H.L.A. 1982. *United States of America*, en ID. *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford University Press.
- HIGH J. 1985. *State Education: Have Economists Made a Case?*, en «Cato Journal», 5, 1, 305-323.
- HOBBS T. 2018. *Leviatán*, Fondo de Cultura Económica.
- HUXLEY A. 1969. *Un mundo feliz*, Orbis.
- JELLINEK G. 2000. *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- KALINOWSKI G. 1982. *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Abeledo-Perrot.
- KANT I. 2013. *We Have no Duties to Animals*, en R. Shafer-Landau (ed.). *Ethical Theory: An Anthology*, Wiley-Blackwell.
- KELSEN H. 1928. *La garantie juridictionnelle de la constitution (La justice constitutionnelle)*, en «Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger», 35, 197-259.
- KELSEN H. 1934. *Esencia y valor de la democracia*, Labor.
- KELSEN H. 1942. *Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution*, en «The Journal of Politics», 4, 183-200.

- KELSEN H. 2009. *Teoría pura del derecho*, Eudeba.
- KRAMER L.D. 2004. *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press.
- LASALLE F. 2018. *¿Qué es una constitución?*, Temis.
- LEVI P. 2007. *I sommersi e i salvati*, Einaudi.
- LEVI P. 2014. *Se questo è un uomo*, Einaudi.
- LOCKE J. 1999. *Ensayo y Carta sobre la tolerancia*, Alianza.
- LOCKE J. 2006. *Segundo Tratado sobre el Gobierno civil*, Tecnos.
- MACHIAVELLI N. 2010. *El príncipe*, Edimat.
- MALDONADO-MUÑOZ M. 2018. *Los derechos fundamentales. Un estudio conceptual*, Olejnik.
- MALDONADO-MUÑOZ M. 2019. *La democracia a partir de Bobbio*, Cevallos.
- MANIACI G. 2020. *Contra el paternalismo jurídico*, Marcial Pons.
- MANIN B. 1997. *The Principles of Representative Government*, Cambridge University Press.
- MARGIOTTA C. 2000. *Bobbio e Matteucci su costituzionalismo e positivismo giuridico. Con una lettera di Norberto Bobbio a Nicola Matteucci*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXX, 2, 387-425.
- MCILLWAIN C.H. 1947. *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Cornell University Press.
- MIGLIORE J. 2005. *Reflexiones en torno al concepto de sociedad civil*, in «Cultura económica», 62, 11-24.
- MILL J.S. 2001. *On liberty*, Batoche Books.
- MILL, J.S. 2001. *Consideraciones sobre el gobierno representativo*, Alianza editorial.
- MONTESQUIEU C. 1875. *De l'esprit des lois*, Garnier Frères Éditeurs.
- MORALES MUÑIZ M.D. 1998. *Los animales en el mundo medieval cristiano-occidental. Actitud y mentalidad*, en «Espacio, tiempo y forma», 3, 11, 307-329.
- NINO C.S. 2005. *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea.
- NOZICK R. 1997. *Do animals have rights?*, en ID., *Socratic Puzzles*, Harvard University Press.
- PAINE T. 2012. *Common sense*, Penguin Classics.
- PAINE, T. 2017. *Los derechos del hombre*, Fondo de Cultura Económica.
- PÉREZ ROYO J. 2007. *Curso de derecho constitucional*, Marcial Pons.
- PICO DELLA MIRANDOLA G. 2016. *Discurso sobre la dignidad del hombre*, UNAM.
- PINTORE A. 2011. *Stato di diritto*, en «Diritto & questioni pubbliche», 11, 873-884.
- PLATÓN 1872. *La República*, Medina y Navarro editores.
- POCOCK J.G.A. 1981. *Virtues, Rights, and Manners: A Model for Historians of Political Thought*, en «Political Theory», 9, 353-368.
- POSADA A. 2000. *Estudio preliminar*, en JELLINEK G., *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, UNAM.
- POZZOLO S. 1998. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*, en «Doxa», 21, 2, 339-353.
- POZZOLO S. 2008. *Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola*, en «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXXVIII, 2, 405-417.
- RATTI G.B. 2015. *Neoconstitucionalismo positivo y negativo*, «Ius humani», 4, 227-261.
- RAMÍREZ CLEVES G. 2017. *Teoría de la constitución, constitución y poder constituyente*, en CORREA

- HENAO M., OSUNA PATIÑO N., RAMÍREZ CLEVES G. (eds.), *Lecciones de derecho constitucional. Tomo I*, Universidad Externado de Colombia.
- RAZ J. 1984. *Legal Rights*, en «Oxford Journal of Legal Studies», 4, 1, 1-21.
- ROUSSEAU J.-J. 2007. *El contrato social*, Edimat.
- SALAZAR SÁNCHEZ M. 1991. *La Aurea Bulla. Constitución del Sacro Imperio romano germánico*, en «Revista de derecho público», 50, 33-50.
- SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO M. 2009. *La Magna Carta: realidad y mito del constitucionalismo pactista medieval*, en «Historia constitucional», 10, 243-262.
- SIEYÈS E.J. 2002. *Qu'est-ce que le Tiers état?*, Boucher.
- SIMON F. 2013. *Derechos de la naturaleza: ¿innovación trascendental, retórica jurídica o proyecto político?*, en «Iuris Dictio», 15, 9-38.
- SKINNER Q. 1998. *Liberty Before Liberalism*, Cambridge University Press.
- SMITH A. 2007. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, MetaLibri.
- SOMEK A. 2014. *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford University Press.
- TOCQUEVILLE A. 2015. *La democracia en América*, Fondo de Cultura Económica.
- VIOLA F. 2003. *Gli animali tra giustizia e diritti*, en prensa.
- VIROLI M. 1999. *Repubblicanesimo*, Laterza.
- WALDRON J. 2005. *The Core of the Case Against Judicial Review*, en «Yale Law Review», 115, 1346-1406.
- WALDSTREICHER D. 2010. *Slavery's Constitution. From Revolution to Ratification*, Hill and Wang.
- WOLLSTONECRAFT M. 1992. *A Vindication of the Rights of Woman*, Everyman's Library Classics.
- ZAGREBELSKY G. 2005. *Historia y constitución*, Trotta.
- ZAGREBELSKY G. 2011. *El derecho dúctil*, Trotta.

RIVOLUZIONE MORALE
STRUTTURA, LIMITI
E RISORSE NASCOSTE
DEL PROGETTO FILOSOFICO
DI JOSHUA GREENE

GIUSEPPE **ROCCHÈ**



Rivoluzione morale

Struttura, limiti e risorse nascoste del progetto filosofico di Joshua Greene

Moral Revolution

Arguments, Limits, and Hidden Resources in Joshua Greene's Moral Theory

GIUSEPPE ROCCHÈ

Dottore di ricerca, borsista, Università degli Studi di Palermo.

E-mail: giuseppe.rocche@unipa.it

ABSTRACT

In questo articolo viene analizzata l'argomentazione di Joshua Greene in favore di un approccio morale consequenzialista. Similmente a quanto fatto da altri autori, gli argomenti di Greene criticano i giudizi tipicamente deontologici e la morale di senso comune attraverso il disvelamento delle loro origini. Diversamente da quanto fatto dai suoi predecessori, tuttavia, Greene fa ampio uso dei risultati sperimentali della psicologia morale. L'esito dell'argomentazione proposta è una rivoluzione morale, per la quale, almeno in teoria, andrebbero riviste le tradizionali concezioni del danno e dei nostri obblighi di solidarietà. Le posizioni di Greene sono state criticate da più voci. L'articolo si concentra sulle critiche elaborate da Frances Kamm e da Guy Kahane. Al fine di rispondere alle obiezioni di Kahane, viene proposta un'interpretazione soggettivistica, eretica, degli argomenti di Greene.

This article analyzes Joshua Greene's defense of a consequentialist approach to ethics, through a series of debunking arguments targeting characteristically deontological judgments and common-sense intuitions. This project is not new in ethics, but Greene develops his predecessors' speculations by means of the recent findings in moral psychology. Greene's conclusion is a moral revolution about the conception of harm and the duties to help strangers. The article focuses also on Frances Kamm and Guy Kahane's critique to Greene's theses and method. Kahane's critique is used to give a subjectivist interpretation of Greene's account which may constitute an unexplored answer to some methodological worries.

KEYWORDS

Joshua Greene; psicologia morale; consequenzialismo; *trolley problem*; equilibrio riflessivo

Joshua Greene; moral psychology; consequentialism; trolley problem; reflective equilibrium

Rivoluzione morale

Struttura, limiti e risorse nascoste del progetto filosofico di Joshua Greene

GIUSEPPE ROCCHÈ

1. Trolley Problem – 2. *Rivoluzione morale* – 2.1. *Profili generali* – 2.2. *Vincoli collaterali* – 2.3. *Doveri di aiuto* – 3. *Critiche* – 4. *La rivoluzione ripiegata*.

1. Trolley Problem

Questo articolo si ripropone di dar conto dei recenti contributi di Joshua Greene al dibattito filosofico morale (§2). Successivamente, vengono prese in considerazione alcune critiche (§3) e viene, infine, presentata un'interpretazione di Greene innovativa che – sebbene dubbiamente in linea con le intenzioni dell'autore – potrebbe ovviare alle perplessità sollevate dalle sue argomentazioni (§4). Prima di tutto è necessario spendere alcune parole sul *trolley problem*, il dilemma morale più celebre degli ultimi decenni, a partire dal quale Greene ha elaborato le sue tesi sostanziali e metodologiche¹.

Riprendendo alcune riflessioni di Philippa Foot sul divieto di cagionare attivamente la morte², Judith J. Thomson ha messo a fuoco il seguente problema. Immaginiamo il caso *passante allo scambio*.

Passante allo scambio. Un carrello ferroviario fuori controllo sta per travolgere e uccidere cinque operai. Un passante si trova in prossimità di una leva. Se aziona la leva il carrello verrà dirottato su un altro binario. Sfortunatamente su questo secondo binario vi è un operaio che verrebbe travolto e ucciso. È permesso al passante azionare lo scambio?

La sensazione di Thomson, e di molte persone, è che il passante possa azionare lo scambio. Se accettiamo questo giudizio e se accettiamo – assunto sul quale non ritornerò – che azionando la leva il passante uccida una persona innocente, laddove, non facendo nulla, lascerebbe morire cinque persone, dobbiamo concludere che si danno casi in cui è possibile uccidere qualcuno per non lasciar morire qualcun altro³.

Immaginiamo però il caso dell'*uomo grasso*.

Uomo grasso. Il carrello ferroviario sta per travolgere i cinque lavoratori. Il passante si trova su un cavalcavia insieme a un signore molto grasso. Se spinge il signore grasso giù dal cavalcavia, sul binario, il carrello si arresterà sulle sue carni. Il signore grasso morirà, ma i cinque operai avranno salva la vita. È permesso al passante spingere l'uomo grasso sotto il carrello?

La sensazione di Thomson, e di molte altre persone, è che il passante non possa assolutamente spingere l'uomo grasso sotto il carrello ferroviario. Ma come si spiega – questa la domanda di Thomson – che in *passante allo scambio* è permesso uccidere una persona per salvarne cinque, mentre nel caso *uomo grasso* è fatto divieto di uccidere una persona per salvarne cinque?⁴

¹ GREENE 2013, 105 ss.

² FOOT 1978.

³ THOMSON 1985, 1397 ss.; THOMSON 2008, 361. Thomson ha così relativizzato l'importanza della distinzione tra uccidere e lasciar morire, superando l'indirizzo espresso da Foot nel suo precedente studio su dilemmi morali simili.

⁴ THOMSON 1985, 1409 ss.; THOMSON 2008, 362 ss.

La domanda non ha carattere candidamente empirico e psicologico: Thomson e Foot non si stanno chiedendo cosa porta le persone come loro ad adottare soluzioni opposte nei due casi. Ciò di cui si va in cerca è la spiegazione della differenza morale tra i due casi, ossia – non una semplice spiegazione ma – una *giustificazione*. Ma che differenza c'è tra l'essere una certa soluzione pratica semplicemente spiegata e l'essere giustificata? Questa domanda, che non è al centro delle preoccupazioni di Thomson e Foot, sarà – come presto vedremo – una domanda cruciale per Greene.

Le due scelte contenute in *passante allo scambio* e *uomo grasso* sono sufficienti a presentare preliminarmente il tipo di problemi che hanno condotto Greene ad articolare la sua teoria. Aggiungere qualche altro dettaglio sul *trolley problem* è però utile per farsi un'idea del metodo del ragionamento morale epifenomenico di Thomson. (“Epifenomenico”, ossia inferito da quanto vediamo messo in scena, senza che vi siano dichiarazioni metodologiche esplicite in proposito.)

La differenza – moralmente rilevante – tra *passante allo scambio* e *uomo grasso* potrebbe riposare sulla differenza tra danni causati a qualcuno come effetto collaterale di un'azione di per sé giusta e danni che sono mezzi per ottenere un certo fine di per sé giusto (danni da strumentalizzazione). Nel caso *passante allo scambio* il fine – in sé giusto – di salvare la vita a cinque innocenti sarebbe raggiunto qualora il lavoratore che si trova sul secondo binario magicamente scomparisse. Viceversa, nel caso *uomo grasso* il fine – in sé giusto – di salvare la vita a cinque innocenti non potrebbe essere raggiunto qualora l'uomo grasso, dopo essere caduto sul binario, scomparisse prima dell'urto con il carrello. La Dottrina del Doppio Effetto – secondo la quale non è permesso danneggiare il nostro prossimo usandolo come un mero mezzo, ma è permesso danneggiarlo come effetto collaterale del perseguimento di un fine giusto⁵ – spiegherebbe la differenza morale tra azionare lo scambio e spingere l'uomo grasso sotto il carrello ferroviario.

Tuttavia, la Dottrina del Doppio Effetto non risolve il nostro problema. Consideriamo il seguente caso:

Loop. Il carrello ferroviario sta per travolgere i cinque lavoratori e il passante può azionare la leva che farà deviare il carrello sul secondo binario. In questo caso – diversamente da *passante allo scambio* – il secondo binario si ricongiunge, dopo un po', al primo binario facendo sì che il carrello riprenda a dirigersi verso i cinque. Sul secondo binario, però, si trova un lavoratore molto grasso. Nel caso in cui il carrello dovesse colpire il lavoratore grasso, il lavoratore grasso sarebbe ucciso, ma il carrello si arresterebbe sulle sue carni. È permesso al passante azionare lo scambio?

Secondo Thomson non può esservi alcuna differenza moralmente rilevante tra *loop* e *passante allo scambio* (come può l'esistenza di un pezzetto di binario che ricongiunge il secondo binario al primo fare tanta differenza sotto il profilo morale?), e, se è permesso azionare la leva in *passante allo scambio*, allora deve essere permesso azionare lo scambio anche nel caso *loop*. Se però nel caso *loop* si può azionare lo scambio, non possiamo più trovare nella Dottrina del Doppio Effetto la spiegazione moralmente rilevante del perché sia permesso azionare lo scambio in *passante allo scambio* ma non sia anche permesso spingere l'uomo grasso. Infatti, *loop* ha mostrato come il divieto di danneggiare il nostro prossimo usandolo come mero mezzo può patire delle deroghe qualora la posta in gioco sia sufficientemente alta – salvare la vita di un maggior numero di persone innocenti⁶.

Qual è il metodo del ragionamento morale che abbiamo visto messo in scena? (“Messo in scena”, non vi sono premesse metodologiche esplicite).

Viene alla mente il metodo dell'*equilibrio riflessivo* delineato da John Rawls. Secondo il metodo dell'*equilibrio riflessivo* – per come applicato al ragionamento pratico –, per decidere cosa sia giusto, dobbiamo oscillare tra diversi poli. Dobbiamo considerare le procedure per determinare

⁵ FOOT 1978; GREENE 2013, 218; THOMSON 1985, 1401 riconduce questa idea alla massima kantiana che fa divieto di danneggiare il nostro prossimo usandolo come un mero mezzo.

⁶ THOMSON 1985, 1401-1403.

soluzioni corrette, i principi di giustizia più generali, ma anche le nostre convinzioni ragionevoli su cosa sia giusto in casi particolari. È astrattamente possibile che tutti questi poli indichino le medesime soluzioni. Tuttavia, prevedibilmente, sorgeranno dei conflitti e non ci resterà che procedere rivedendo a volte le procedure, a volte i principi generali, a volte le intuizioni nei casi concreti, finché – auspicabilmente – i conflitti saranno appianati⁷.

La ricerca dell'equilibrio riflessivo è stata messa in scena nel modo seguente. Siamo partiti dall'idea per cui, dato un fine giusto, sia permesso lasciar morire delle persone, ma non anche ucciderle attivamente. Questo principio è però entrato in conflitto con un nostro giudizio sul caso specifico *passante allo scambio*. Si potrebbe accomodare con un nuovo principio secondo il quale è permesso sia lasciar morire degli innocenti, sia cagionarne attivamente la morte, qualora la posta in gioco sia sufficientemente alta. Tuttavia, questo nuovo principio, pur essendo in armonia con *passante allo scambio*, non è in armonia con il giudizio sul caso specifico *uomo grasso*. Ancora una volta, si potrebbe accomodare con un nuovo principio (il terzo) basato sulla distinzione tra danni collaterali e danni da strumentalizzazione – Dottrina del Doppio Effetto. E tuttavia, pure questo terzo principio – che è in armonia con i giudizi nei casi *passante allo scambio* e *uomo grasso* – entra in conflitto con il giudizio che sembra ragionevole dare nel caso *loop*. L'equilibrio non è stato ancora trovato, c'è ancora del lavoro da fare.

2. Rivoluzione morale

2.1. Profili generali

Stando a quanto abbiamo visto messo in scena, potrebbe sembrare che lo scopo del ragionamento morale non si altro che la sistematizzazione dei nostri giudizi intuitivi su casi specifici. Come vedremo Greene rigetta recisamente questo metodo di ragionamento. Per salvare il venerato metodo dell'equilibrio riflessivo è indispensabile e urgente trovare un modo di sceverare le intuizioni corrette da quelle scorrette in modo che queste ultime non corrompano i nostri processi deliberativi. La ricerca scientifica in campo psicologico e biologico può dare una mano⁸.

La premessa empirica generale sulla quale si basa l'argomentazione di Joshua Greene è costituita dalla *dual process theory*. Secondo la *dual process theory* il cervello umano svolgerebbe due tipologie di attività cognitive, idealizzabili funzionalisticamente in due modalità o sistemi per il processamento delle informazioni e la produzione di risposte comportamentali⁹.

Il Sistema 1 sarebbe il complesso dei processi automatici, ossia processi rapidi e cognitivamente non faticosi, ma anche inaccessibili alla coscienza – possiamo avere consapevolezza dell'esito di questi processi, ma non abbiamo consapevolezza di cosa, il processo appunto, ha condotto all'esito. Questi processi e i giudizi che ne sono esito vengono chiamati “intuizioni”. Greene usa anche l'espressione “Modalità Automatica” per designare il complesso dei processi automatici. Un esempio di processo tipico della Modalità Automatica è la produzione di uno stimolo a consumare cibi calorici quando se ne ha la disponibilità.

Il Sistema 2 sarebbe, invece, il complesso dei processi controllati, ossia processi lenti, cognitivamente faticosi, parzialmente accessibili alla coscienza e accompagnati da sensazioni di libertà, autorità e controllo. I processi e gli esiti del Sistema 2 possono essere designati come “deliberazione”. Per designare il Sistema 2 Greene usa l'espressione “Modalità Manuale”. Esempi di

⁷ RAWLS 1999, 18 s. [1971].

⁸ Greene 2014, 726. Greene adotta una concezione ampliata dell'equilibrio riflessivo, secondo la quale l'equilibrio riflessivo va ricercato non solo tra principi e giudizi di immediata rilevanza pratica, ma deve coinvolgere anche ogni sapere teorico che possa avere una rilevanza indiretta in ambito pratico (DANIELS 1996, 6).

⁹ KAHNEMAN 2011; GREENE 2014, 696 ss.; BRIGAGLIA 2018, 62-65; v. anche DE CARO, MARRAFFA, 2016, 114.

processi della Modalità Manuale sono il calcolo aritmetico, il ragionamento probabilistico, l'applicazione di regole generali e la pianificazione a lungo termine (come quando si decide di non consumare affatto o di ritardare la consumazione del cibo calorico a disposizione).

La Modalità Automatica e la Modalità Manuale lavorano insieme garantendo che le nostre risposte alle informazioni siano efficienti – ad esempio è tendenzialmente utile per un animale essere portato a fare incetta di cibo calorico – e flessibili – è parimenti utile avere la facoltà di bloccare la propria spinta verso il cibo calorico. In caso di contrasto, la Modalità Manuale può modificare in vario modo le riposte della Modalità Automatica – bloccare la spinta verso il cibo calorico –, tuttavia non si deve pensare che la Modalità Manuale “comandi” sulla Modalità Automatica. Secondo la *dual process theory*, infatti, «[1]a deliberazione emerge timidamente da un oceano intuitivo, e non può che galleggiare su di esso»¹⁰.

Prima di andare avanti è importante soffermarsi su un aspetto non scontato della teoria di Greene che influenza profondamente le conclusioni di cui diremo a breve. In alcune formulazioni della *dual process theory* la distinzione tra Sistema 1 e Sistema 2 prescinde dalla individuazione di zone del cervello preposte, rispettivamente, alle risposte intuitive e alla deliberazione intesa come ragionamento lento e cosciente. Non è così per Greene. Greene localizza in diverse parti del cervello la Modalità Automatica e la Modalità Manuale. In particolare, i processi automatici corrisponderebbero all'attivazione di zone quali la corteccia prefrontale ventromediale – per semplicità Sistema Ventromediale –, mentre i processi controllati corrisponderebbero all'attivazione di zone quali la corteccia prefrontale dorsolaterale – Sistema Dorsolaterale. Costituisce una premessa del metodo d'indagine di Greene che sia possibile stabilire se un certo giudizio sia frutto della Modalità Automatica o della Modalità Manuale osservando, attraverso risonanza magnetica funzionale, quale zona del cervello si sia attivata.

Su queste premesse teoriche e sulla base di indagini sperimentali condotte dai suoi team di ricerca o da altri team sparsi per il mondo, Greene approda alla conclusione *descrittiva* secondo la quale i giudizi caratteristicamente deontologici sarebbero supportati dalla Modalità Automatica, mentre i giudizi caratteristicamente consequenzialisti sarebbero supportati dalla Modalità Manuale.

Secondo il consequenzialismo, una volta individuato cosa sia bene – ad esempio il piacere, oppure il soddisfacimento del desiderio (diverse teorie del bene¹¹ generano diverse concezioni del consequenzialismo) – ogni agente ha il dovere morale di realizzare lo stato di cose in cui questo bene sia massimo – ognuno ha il dovere di massimizzare il bene. Secondo la morale deontologica – per come interessa ai fini della presente analisi –, invece, vi sono azioni che potrebbero massimizzare il bene e che tuttavia sono vietate – si dice che sono soggette a *vincoli collaterali* – e azioni che porterebbero alla massimizzazione del bene e che tuttavia sono inesigibili¹².

Ad allinearsi con la Modalità Automatica e la Modalità Manuale, secondo la conclusione descrittiva, non sarebbero – si badi – le massime, rispettivamente, della morale deontologica e del consequenzialismo, quanto i giudizi “caratteristicamente” deontologici e i giudizi “caratteristicamente” consequenzialisti. Greene è infatti consapevole del fatto che molti giudizi possono essere indistintamente ascritti a certe versioni sofisticate della morale deontologica o del consequenzialismo. Alla luce di ciò, la differenza rilevante sarà tra quei giudizi che è più facile giustificare in termini deontologici, piuttosto che in termini consequenzialisti – giudizi caratteristicamente deontologici –, e quei giudizi che è più facile giustificare in termini consequenzialisti, piuttosto che in termini deontologici – giudizi caratteristicamente consequenzialisti¹³.

Dalla conclusione descrittiva Greene deriva una conclusione *valutativa* secondo la quale un approccio consequenzialista sia da favorire rispetto a un approccio deontologico. Le soluzioni di

¹⁰ BRIGAGLIA 2018, 65.

¹¹ GRIFFIN 1986.

¹² SCHEFFLER 1988; per il concetto di vincolo collaterale NOZICK 1974.

¹³ GREENE 2008, 37; GREENE 2014 699 s.; per una critica KAMM 2008, 337 s.

stampo consequenzialista – come vedremo subito – stridono con le soluzioni di senso comune, con le soluzioni, cioè, che possiamo aspettarci le persone adotteranno e sottoscriveranno in coscienza. La morale che Greene vorrebbe si imponesse nelle società contemporanee è dunque una morale in contrasto con il senso comune, una morale rivoluzionaria. Greene non è solo nella rivoluzione. Tra i molti, possono citarsi altri due filosofi che hanno argomentato a favore dell'abbandono di certi principi morali non-consequenzialisti in modo simile a Greene: Peter Singer e Peter Unger¹⁴.

Nel progetto rivoluzionario di Greene possono rinvenirsi molteplici tracce. Qui proveremo a menzionare due dimensioni della rivoluzione auspicata da Greene, ossia due modi in cui – se la rivoluzione deflagrasse – il mondo non sarebbe più come prima.

2.2. Vincoli collaterali

Una prima dimensione della rivoluzione riguarda tipi di dilemmi morali in cui per massimizzare un bene non controverso – ad esempio risparmiare a più persone possibili una morte atroce e precoce – si rivela necessario infliggere un danno, grave e irreparabile, a qualcuno. Si tratta del tipo di dilemmi che abbiamo già visto nel paragrafo precedente – *trolley problem*.

Le persone, nel caso *passante allo scambio*, tendono a dare giudizi caratteristicamente consequenzialisti ritenendo perlomeno permesso azionare lo scambio, sacrificando così la vita di una persona per salvare la vita di un numero maggiore di persone. Invece, nel caso *uomo grasso*, la risposta più frequente è che non è permesso spingere l'uomo grasso sotto il carrello ferroviario. Questa, secondo Greene, sarebbe una risposta caratteristicamente deontologica: le persone a cui è sottoposto il dilemma si rendono conto della gravità della situazione, sottoscrivono il principio per cui, in astratto, cinque morti sono peggio di un solo morto, ma ritengono anche che, per quanto meritevole il fine possa essere, è ingiusto spingere una persona innocente sotto un carrello ferroviario – verrebbe sottoscritta l'esistenza di un vincolo collaterale all'azione.

Secondo il metodo dell'equilibrio riflessivo, come messo in scena da Thomson – §1 –, la risposta caratteristicamente deontologica esibita davanti al caso *uomo grasso* mostrerebbe come il consequenzialismo si riveli controintuitivo e non costituisca, pertanto, la meta del nostro ragionamento in materia di giustizia. Un modo di ragionare caratteristicamente consequenzialista vorrebbe, infatti, che anche nel caso *uomo grasso* l'agente si attivasse per evitare che i cinque periscano. Tuttavia, questo esito sembra incongruo: è opinione diffusa che sia vietato spingere una persona sotto un carrello ferroviario. L'equilibrio riflessivo sarebbe ancora lontano. Il consequenzialismo sarebbe un principio generale di giustizia che in sé può sembrare ragionevole (“stabilito cosa è bene, più è meglio”), ma che non riesce a dare conto di una distinzione moralmente rilevante tra azioni che si possono compiere in vista di un giusto fine – azionare lo scambio – e azioni che non si possono compiere nemmeno per un giusto fine – spingere una persona sotto un carrello ferroviario.

Presupposto di questo modo di intendere il metodo dell'equilibrio riflessivo è che effettivamente vi sia una differenza moralmente rilevante tra azionare lo scambio e spingere l'uomo grasso. Trovare quale sia esattamente la differenza potrebbe non essere facile; trovare il principio che dia conto dei nostri giudizi ponderati su casi concreti potrebbe essere un'operazione esasperante: ciascuno dei candidati più promettenti potrebbe essere mortificato da un diverso caso recalcitrante, ciascuna teoria o principio avrebbe il suo “uomo grasso”. Ma finché presupponiamo che i nostri giudizi sui casi concreti rilevino differenze moralmente rilevanti tra i casi medesimi, non sembra esservi altra strada se non quella di imbarcarsi in questa, potenzialmente esasperante, ricerca.

Secondo Greene, la differenza tra i due casi che motiverebbe, rispettivamente, la reazione caratteristicamente consequenzialista e la reazione caratteristicamente deontologica risiederebbe

¹⁴ SINGER 1972; UNGER 1996.

nel fatto che la prima condotta – azionare lo scambio – permette di raggiungere un fine desiderabile infliggendo a un terzo un danno che è “impersonale”, ossia non richiede l’esercizio di forza fisica, mentre nella seconda condotta – spingere l’uomo grasso – il danno avrebbe carattere “personale”, richiederebbe l’esercizio di forza fisica¹⁵.

Questa conclusione sarebbe supportata da una serie di esperimenti condotti facendo rispondere vari soggetti a dilemmi morali “impersonali” – simili a *passante allo scambio* – e “personali” – simili a *uomo grasso* – mentre sono sottoposti a risonanza magnetica funzionale. I soggetti testati tendono ad attribuire rilevanza al carattere personale o impersonale del danno. Gli esperimenti evidenziano anche come, posti davanti ai dilemmi impersonali, i soggetti sperimentano un incremento di attività nel Sistema Dorsolaterale (Sistema 2, Modalità Manuale, centro dei processi controllati), mentre sperimentano un incremento dell’attività del Sistema Ventromediale e nell’amigdala – altra porzione del cervello coinvolta nelle risposte emotive – (Sistema 1, Modalità Automatica, centro dei processi automatici) quando sono davanti a dilemmi personali. Secondo Greene la storia che sta dietro le risposte al *trolley problem* sarebbe la seguente. Quando contempliamo il caso *passante allo scambio*, applichiamo coscientemente il calcolo costi-benefici e arriviamo al giudizio caratteristicamente consequenzialista secondo il quale è giusto azionare lo scambio. Quando, invece, contempliamo il caso *uomo grasso*, il ragionamento consequenzialista viene inibito da una forte reazione emotiva contraria all’uso della forza fisica e viene emesso un giudizio caratteristicamente deontologico – conclusione descrittiva in merito al *trolley problem*¹⁶.

Vi sarebbe allora un’importante differenza tra i giudizi caratteristicamente consequenzialisti e i giudizi caratteristicamente deontologici. Quando siamo davanti a casi come *passante allo scambio* e tendiamo a rispondere in modo caratteristicamente consequenzialista, abbiamo accesso ai nostri processi mentali: il nostro giudizio si presenta come esito di un calcolo costi-benefici, ed effettivamente ciò che il nostro cervello ha compiuto è un calcolo costi-benefici. Caratteristica dei processi controllati del Sistema 2 è infatti l’essere tendenzialmente accessibili alla coscienza. Quando, invece, siamo davanti a casi come *uomo grasso* e tendiamo a rispondere in modo caratteristicamente deontologico, non abbiamo accesso ai nostri processi mentali effettivi: qualora interrogati, gli agenti – quando motivano – non motivano la loro risposta dicendo che è fatto assoluto divieto di compiere danni implicanti l’uso della forza muscolare, bensì si appellano a considerazioni diverse, come, ad esempio, l’esigenza di rispettare i diritti fondamentali delle persone. Il lavoro del Sistema 1 è del resto opaco rispetto alla coscienza, e, quando il ragionamento cosciente interviene, interviene solo dopo che il giudizio è stato emesso, per giustificarlo in un modo che ci si aspetta il nostro interlocutore possa accettare – questa dinamica psicologica prende il nome di “razionalizzazione *ex post*” o “confabulazione”¹⁷.

Ma riprendiamo, dopo questa precisazione, il filo principale dell’argomentazione di Greene. Si è detto che, qualora una teoria o principio generale ometta di cogliere una distinzione moralmente rilevante tra due casi concreti, quella teoria o principio andrebbe rivisto o abbandonato. “Una distinzione moralmente rilevante”. Tuttavia, sostiene Greene, il carattere personale – l’impiego di forza fisica, vene che si dilatano, muscoli che si contraggono – non è di per sé qualcosa di moralmente rilevante¹⁸. Davanti alla nostra reazione nel caso *uomo grasso*, siamo andati alla ricerca di un criterio che non solo spieghi ma anche giustifichi questa reazione, invece ci

¹⁵ Il carattere personale o impersonale del danno non è l’unico fattore che determina l’adozione di giudizi diversi. Vi torneremo a breve analizzando la risposta che Greene fornisce all’obiezione di Frances Kamm.

¹⁶ GREENE 2013, 120-125. Da notare come Greene non sostenga che vi sia una mera *correlazione* tra risposte caratteristicamente consequenzialiste o deontologiche e l’attivazione delle varie zone del cervello interessate, bensì che vi sia un rapporto di *causazione* per cui l’attività celebrale registrata dalla risonanza magnetica è alla base dei giudizi che verranno espressi. Sullo scarto tra correlazione causazione si veda anche DE CARO, MARRAFFA 2016, 118 ss.

¹⁷ GREENE 2008, 59 ss.; per il concetto di razionalizzazione *ex post* si veda HAIDT 2001 e HAIDT 2012.

¹⁸ «From a normative perspective, the interesting thing about personal force is that it's not something that we, upon reflection, would regard as morally relevant», GREENE 2013, 216 s.; vedi anche GREENE 2014, 713.

siamo ritrovati con una storia che spiega la nostra reazione ma non la giustifica. Non vi sarebbe nel caso *uomo grasso* un vincolo collaterale moralmente rilevante, ma solo un freno, un allarme, automatico, psicologicamente indagabile. L'argomento di Greene è un argomento demistificatore (“*debunking argument*”) ossia un argomento che mostra come qualcosa che potrebbe sembrare, a prima vista, rilevante, in realtà, non lo sia¹⁹.

La struttura di questo argomento demistificatore è ospitale rispetto a ulteriori spiegazioni di carattere evoluzionistico. Nel corso della loro storia evolutiva gli esseri umani si sono ritrovati in situazioni in cui solo con l'uso della forza fisica era possibile danneggiare qualcuno. Conseguentemente hanno sviluppato reazioni immediate a forme di violenza personale e queste reazioni affiorano sotto forma di resistenza a spingere l'uomo grasso nell'omonimo caso. Niente di simile al contesto del caso *passante allo scambio*, per contro, ha accompagnato l'evoluzione delle risposte emotive degli esseri umani. Uccidere dirottando carrelli ferroviari non presenta somiglianza con alcun modo di usare la violenza che poteva essere familiare lungo la nostra storia evolutiva, e i nostri antenati non hanno sviluppato risposte emotive automatiche. Ma allora – si chiede polemicamente Singer, un altro dei nostri rivoluzionari – che differenza può mai fare sul piano morale che, per salvare svariati innocenti – un fine certamente meritevole –, si debba uccidere in un modo che è stato possibile per milioni di anni, piuttosto che in un modo che è diventato possibile solo da un paio di secoli?²⁰

La conclusione valutativa rispetto al *trolley problem* sarebbe che, in linea con un approccio consequenzialista, sia perlomeno permesso²¹ spingere l'uomo grasso sotto il carrello ferroviario al fine di salvare i cinque lavoratori. In merito a questa conclusione è importante svolgere due considerazioni.

Come apparirebbe il nuovo mondo auspicato da Greene? Dovremmo andare in giro pronti a uccidere in modo efferato innocenti malcapitati? Non esattamente. Quello che sarebbe stato mostrato per mezzo dell'argomento demistificatorio è che, in linea di principio, non vi sia un vincolo collaterale all'azione nel caso *uomo grasso*. Ciò non toglie che, per orientarci nei problemi pratici che assillano la vita di ogni giorno, sia bene – dal punto di vista consequenzialista – essere dotati di freni inibitori automatici nei confronti della violenza personale. Presupposto di questa valutazione è che, in difetto dei comuni freni inibitori automatici, non ci trasformeremmo in puntuali e inesorabili massimizzatori del bene, quanto in imprevedibili agenti esposti al rischio di compiere madornali errori di valutazione. L'approccio consequenzialista difeso da Greene dunque non esige che ognuno di noi si distacchi, nella vita di ogni giorno, dalla morale comune e provi a ragionare da consequenzialista, e si rivela, piuttosto, un ideale che deve essere incarnato dalle leggi e dalle politiche pubbliche²².

Seconda considerazione. Come ha fatto esattamente Greene a passare dalla conclusione descrittiva – giudicare che si possa azionare lo scambio è frutto di calcolo razionale, Modalità Manuale, mentre giudicare che non si possa spingere l'uomo grasso è frutto di una immediata reazione emotiva inibitoria, Modalità Automatica – alla conclusione valutativa per cui la risposta caratteristicamente consequenzialista (azionare lo scambio) è corretta, quella caratteristicamente deontologica (astenersi dallo spingere l'uomo grasso) è ingiustificata e dovremmo, dunque, adottare una risposta consequenzialista anche nel caso *uomo grasso*? Data la conclusione descrit-

¹⁹ GREENE 2013, 212; GREENE 2014, 712.

²⁰ SINGER 2005, 348; v. anche GREENE 2008, 71 s.

²¹ In realtà secondo il consequenzialismo vi sarebbe un obbligo morale – e non soltanto un permesso – di azionare la leva/spingere l'uomo grasso. Greene, tuttavia, ha chiesto durante gli esperimenti solo se fosse permesso azionare la leva/spingere l'uomo grasso. Kamm rileva come una risposta affermativa a simili quesiti non sia sufficiente ad integrare gli estremi di una risposta caratteristicamente consequenzialista (KAMM 2008, 339 s.).

²² GREENE 2013, 249; GREENE 2014, 717. Ciò non toglie che in certi casi l'individuo sia responsabile di modificare alcuni dei suoi atteggiamenti non-consequenzialisti – ciò sarebbe vero, ad esempio, nella sfera delle attività di beneficenza (GREENE 2013, 257).

tiva, e accettando che i due casi – *passante allo scambio* e *uomo grasso* – vadano risolti allo stesso modo, viene da chiedersi se il problema sia che la Modalità Automatica – i nostri freni inibitori – si attivi troppo spesso e dunque la soluzione di *uomo grasso* debba essere la stessa che diamo in *passante allo scambio* (come vorrebbe Greene), oppure sia che si attivi troppo di rado e dunque la rivoluzione vada intrapresa in senso anti-consequenzialista; dovremmo astenerci non solo dallo spingere l'uomo grasso ma anche dall'azionare lo scambio²³.

Davanti a questa accusa di arbitrarietà, Greene risponde facendo appello a una Regola di Ragionamento – ossia una regola sull'elaborazione dei nostri giudizi pratici – secondo la quale “davanti a dilemmi pratici *inconsueti*, devi ascoltare la voce della Modalità Manuale e trascurare quella della Modalità Automatica”. L'idea di fondo è che le risposte della Modalità Automatica sono affidabili solo qualora siano state plasmate da numerosi tentativi ed errori. Il caso *uomo grasso* non costituirebbe un caso consueto: è vero che la violenza personale è – l'abbiamo visto – un caso prototipico di violenza, ma questa condotta prototipica è inserita in un contesto arzigogolato – per nulla prototipico – che la rende mezzo per raggiungere un fine giusto²⁴. Ecco perché la rivoluzione dovrebbe andare in senso consequenzialista e non in senso anti-consequenzialista.

Detto questo, Greene precisa, però, che la calibrazione della Modalità Automatica attraverso tentativi ed errori può dirsi soddisfacente soltanto alla luce dei nostri valori (la predisposizione ad aggredire degli estranei indifesi, ad esempio, potrebbe essere utilmente calibrata dal punto di vista genetico, ma non dal *nostro* punto di vista)²⁵. Se questa precisazione indebolisca fatalmente la posizione di Greene e faccia rinascere l'obiezione di arbitrarietà – criticiamo alcuni dei nostri valori criticando le performance della Modalità Automatica che li genererebbero, ma la valutazione di queste performance è rimessa alla fine ai nostri valori – non è una questione che verrà affrontata. Rileviamo, invece, come Greene, nel proporre una regola per l'elaborazione dei nostri giudizi, avverta l'esigenza di sottoporre questa regola a un controllo intuitivo basato sui *nostri* valori. La rivoluzione è ambiguamente controllata dalla nostra identità morale – il complesso dei nostri valori – presente. Su questo punto ritorneremo (§4).

2.3. Doveri di aiuto

Una seconda dimensione rivoluzionaria è rappresentata dai doveri di aiuto – territorio esplorato già da Singer e Unger.

Immaginiamo un passante ben vestito che mentre sta facendo una passeggiata si imbatte in un bambino che sta annegando in un laghetto. Il passante potrebbe facilmente salvare il bambino inzuppandosi un po' e rovinando il suo bel completo, del valore di cinquecento euro. Chiediamoci: sarebbe accettabile che il passante omettesse di intervenire? Il senso comune vuole che non sarebbe accettabile. Immaginiamo allora un altro caso. Una persona riceve nella sua buca delle lettere un invito a effettuare una donazione a un'organizzazione umanitaria. Nell'invito si specifica che con cinquecento euro è possibile salvare la vita di un bambino. Sarebbe accettabile omettere di rispondere all'invito della lettera? In questo caso il senso comune accetta che chi riceve la lettera sia libero di non effettuare la donazione²⁶.

Ancora una volta – come nel caso del *trolley problem* – abbiamo due scelte che stimolano reazioni diverse, ma non è chiaro cosa, nei presupposti di fatto di queste scelte, le renda effettivamente diverse sul piano morale. Un metodo di condurre il ragionamento pratico consiste nella ricerca di un principio che spieghi quale sia la differenza morale – giustifichi la differenza che

²³ È emblematico che, dopo decenni di riflessione e su basi metodologiche molto diverse da quelle di Greene, Thomson sia arrivata a questa conclusione anti-consequenzialista (THOMSON 2008).

²⁴ GREENE 2013, 251.

²⁵ GREENE 2014, 713 ss.

²⁶ SINGER 1972.

c'è – tra l'aiutare un bambino che sta morendo davanti ai nostri occhi e l'aiutare un bambino che sta morendo dall'altra parte del pianeta. Come nel caso del *trolley problem* questa ricerca potrebbe rivelarsi esasperante (forse rileva la nazionalità del bambino? Ma non saremmo obbligati a salvare il bambino che sta annegando qualora fossimo dei turisti in un paese straniero? Forse rileva il fatto che altri potrebbero effettuare la donazione al posto nostro? Ma non saremmo obbligati a salvare il bambino che sta annegando anche qualora altri passanti stessero osservando la scena ma non si decidessero a intervenire?)²⁷.

Anche in questo caso il progetto rivoluzionario di Greene è volto a demistificare la rilevanza morale della distinzione tra i due casi, mostrando – attraverso i contributi della psicologia sperimentale – come dietro le nostre intuizioni sul tema vi siano spiegazioni ma non anche giustificazioni. Un primo fattore che determina le nostre intuizioni nei casi di aiuto viene rintracciato nella distanza fisica: se immaginiamo di trovarci in una località, situata in un paese in via di sviluppo, che è stata sconvolta da un disastro naturale, tendiamo a ritenerci obbligati a sostenere economicamente le operazioni di soccorso, ma non avvertiamo lo stesso obbligo qualora a trovarsi nel luogo del disastro sia un nostro amico che filma e ci trasmette le scene che vede, facendoci sentire come se ci trovassimo al suo fianco. Della suscettibilità alla distanza personale può, poi, darsi una facile spiegazione evolutivista: aiutare chi ci sta vicino è un sistema efficace per crearsi degli alleati che potrebbero ripagarci nel momento del bisogno. Altri fattori che spiegano la differenza intuitiva tra il caso del bambino nel laghetto e il caso della donazione umanitaria sono la determinatezza dell'identità della persona che ha bisogno di aiuto e l'esiguità del numero di persone bisognose (siamo talmente frustrati dall'idea che i nostri aiuti siano solo una goccia nell'oceano da iniziare a perdere lo stimolo a intervenire qualora vi siano più di due soggetti bisognosi)²⁸.

Sulla base di questi dati – si chiede polemicamente Greene – saremo in grado di accettare l'idea secondo la quale siamo giustificati nel non attivarci per aiutare i bisognosi, anonimi e lontani, solo perché la nostra storia evolutiva non ci ha reso sensibili ai loro tormenti?²⁹

3. Critiche

La conclusione descrittiva di Greene è stata criticata notando come la risonanza magnetica funzionale non rilevi una correlazione tra attività delle aree cerebrali tipiche della Modalità Manuale e giudizi caratteristicamente consequenzialisti, quanto una correlazione tra queste e giudizi contro-intuitivi di varia natura – compresi giudizi caratteristicamente deontologici³⁰. Greene non ha ritenuto rilevanti i dati forniti da questi esperimenti³¹. Non scenderemo oltre nella questione, richiedendosi in tal caso la disamina di numerosi dati sperimentali. Analizzeremo, invece, due argomenti critici elaborati, rispettivamente, da Frances Kamm e Guy Kahane.

L'idea, caratteristicamente deontologica, secondo la quale sussisterebbero dei vincoli collaterali che vieterebbero alcune azioni preposte al perseguimento della massimizzazione di un bene non controverso, sarebbe – per Greene – solo una razionalizzazione *ex post* della nostra avversione emotiva, automatica, per le forme di violenza personale.

Secondo Kamm se i giudizi deontologici permettessero le condotte dannose impersonali e vietassero le condotte dannose personali, allora non sarebbero altro – come sostiene Greene – che reazioni a fattori privi di rilevanza morale. Tuttavia la premessa non è vera. Si danno certamen-

²⁷ GREENE 2013, 258 s.; un classico sul tema è rappresentato da UNGER 1996.

²⁸ GREENE 2013, 260 ss.

²⁹ GREENE 2008, 76. Anche rispetto agli obblighi di aiuto Greene ritiene che vi siano ragioni consequenzialiste per non tentare in ogni nostra azione di massimizzare la felicità universale (GREENE 2013, 255 ss.).

³⁰ KAHANE et al 2012 (vedi GREENE 2014, 707 s.).

³¹ GREENE 2014, 707 s.

te casi in cui la morale deontologica permette i danni impersonali – *passante allo scambio* – e vieta i danni personali – *uomo grasso* –, ma si danno altri casi in cui la morale deontologica – seguita o meno dalla morale di senso comune – ritiene permissibili atti di violenza personale contro innocenti, e altri casi ancora in cui ritiene vietati atti di violenza impersonali. Come esempio del primo gruppo di casi, immaginiamo che il passante si trovi sul cavalcavia in prossimità della leva che aziona lo scambio. Per raggiungere la leva deve fare un movimento che urterà e farà cadere dal cavalcavia un altro passante, che così perderà la vita³². Deontologia e senso comune riconoscono che l'agente abbia il permesso di causare, urtandola, la morte di una persona. Come esempio del secondo gruppo di casi, immaginiamo che, per salvare i cinque, il passante debba azionare una leva che farà aprire una botola sotto i piedi dell'uomo grasso, il quale precipiterà sul binario e bloccherà con il suo corpo la corsa del carrello. Il senso comune riterrebbe – se crediamo agli esperimenti condotti – una simile condotta permissibile, tuttavia – precisa Kamm – la morale deontologica la vieterebbe recisamente.

Secondo Kamm, allora, non si sarebbe provato che le tipiche risposte deontologiche siano razionalizzazioni *ex post* di una distinzione moralmente irrilevante – l'essere o no la condotta letale “ravvicinata e personale” –, quanto che siano manifestazioni della Dottrina del Doppio Effetto: se il fine è meritevole, la morale deontologica approva i danni collaterali, ma non anche i danni da strumentalizzazione (sia questa strumentalizzazione condotta o no attraverso forme di violenza ravvicinata e personale)³³.

Per rispondere all'obiezione di Kamm dobbiamo fare un passo indietro e dare un resoconto più dettagliato della conclusione *descrittiva* di Greene. Secondo gli studi effettuati dallo stesso Greene, il giudizio delle persone che vengono poste davanti a casi simili al *trolley problem* non è influenzato soltanto dalla distinzione tra danni personali e danni impersonali, ma anche dalla distinzione – alla base della Dottrina del Doppio Effetto – tra danni collaterali e danni da strumentalizzazione. Sono influenzati da questa distinzione nel senso che casi di danni personali che sono anche casi di danni collaterali – per esempio il caso in cui per azionare lo scambio si finirà per urtare e far cadere sul binario un passante – sono ritenuti ammissibili in percentuale simile ai danni impersonali.

Questi dati potrebbero presagire una rivincita della Modalità Automatica: se le nostre reazioni emotive immediate sono suscettibili rispetto alla distinzione tra danni collaterali e danni da strumentalizzazione, allora, i giudizi che da queste scaturiscono, lungi dall'aver carattere confabulatorio, sono in linea con la celebrata Dottrina del Doppio Effetto e meritano sia loro riconosciuta rilevanza morale. Tuttavia, gli stessi esperimenti evidenziano altri casi – come il caso del comando azionante la botola, appena visto, e il caso *loop (sì)* – in cui le persone giudicano ammissibili i danni da strumentalizzazione – aprire la botola, far arrestare il carrello sulle carni dell'operaio – in percentuale non troppo dissimile da quella in cui sono ritenuti ammissibili i danni collaterali, impersonali o personali che siano³⁴.

Questi dati non rispondono direttamente all'obiezione di Kamm. Kamm sostiene non che la gente comunemente obbedisca alla Dottrina del Doppio Effetto, quanto che questa dottrina sia alla base dei giudizi deontologici, escludendone la natura confabulatoria. Cionondimeno, secondo Greene, tra i dati sperimentali sui casi in cui le persone ritengono sia ammissibile impartire danni da strumentalizzazione possono rinvenirsi i presupposti per rispondere a Kamm.

La chiave della risposta sarebbe offerta dal caso *loop*, dove il senso comune ritiene ammissibili i danni da strumentalizzazione. Perché mai in questo caso siamo portati a negare rilevanza ai danni da strumentalizzazione? Casi come *loop* avrebbero la particolarità di presentare una catena

³² L'esperimento mentale che Kamm presenta a riguardo è ben più barocco. Quello riportato è un esperimento mentale condotto dallo stesso Greene e dal suo team (GREENE 2013, 219).

³³ KAMM 2008, 334-336.

³⁴ GREENE 2013, 217-224.

causale di eventi talmente lunga e complicata da far percepire al nostro cervello quello che è, in realtà, un danno da strumentalizzazione alla stregua di un danno collaterale. Da questa ricostruzione del caso *loop* può farsi derivare una spiegazione della distinzione tra danni collaterali e danni da strumentalizzazione incentrata sui limiti delle capacità cognitive delle nostre reazioni emotive. Secondo questa spiegazione saremmo equipaggiati con un dispositivo cognitivo automatico – Sistema 1 – che simula vari piani di azione e inibisce l’uso della violenza all’interno di questi piani. Questo apparato, tuttavia, sarebbe “miope” nel senso di non essere capace di tenere conto di tutte le catene causali di eventi che dipartono dalle nostre azioni, concentrandosi solo sulla catena causale primaria, quella causalmente necessaria a realizzare il fine che ci siamo posti – la catena alla quale appartengono i danni da strumentalizzazione. I danni da strumentalizzazione, allora, desterebbero allarme per il solo fatto che la nostra Modalità Automatica difetta della capacità cognitiva per occuparsi anche dei danni collaterali³⁵.

Greene avrebbe così usato un argomento demistificatore contro la Dottrina del Doppio Effetto. Questo argomento ha struttura più complessa rispetto all’argomento demistificatore che abbiamo visto precedentemente in relazione alla distinzione tra danni personali e impersonali. In quel caso, la demistificazione riguardava le risposte caratteristicamente deontologiche, senza attaccare i principi generali delle morali deontologiche: la demistificazione consisteva nello scoprire che dietro i giudizi comuni caratteristicamente deontologici non vi era alcun principio deontologico riconoscibile e le ragioni presentate a sostegno di quei giudizi altro non erano che razionalizzazioni *ex post*. In questo caso, invece, Greene si ripropone di demistificare un principio cardine della morale deontologica: i giudizi deontologici potrebbero anche seguire pedissequamente la Dottrina del Doppio Effetto, tuttavia, indagando la distinzione che sta alla base di questa dottrina, non troviamo ragioni riconoscibili (di livello superiore) a suo sostegno, ma soltanto la limitatezza del nostro sistema cognitivo.

Precedentemente (si) ho introdotto il metodo dell’equilibrio riflessivo. Una prima specificazione di questo metodo assai vago è la ricerca esasperante di un principio o di una teoria generale che rispecchi tutti i nostri giudizi su casi specifici. Stante questo modello, non equivarrebbe a giocare secondo le regole del gioco accettare un principio che generi conclusioni contro-intuitive – viceversa, le intuizioni andrebbero sempre assecondate e il metodo dell’equilibrio riflessivo sarebbe il *metodo della rincorsa delle intuizioni*.

La parabola della Dottrina del Doppio Effetto ci porta verso una seconda specificazione del metodo dell’equilibrio riflessivo. Un difensore della Dottrina del Doppio Effetto come Kamm non segue il metodo della rincorsa delle intuizioni di senso comune: anche in contrasto con il senso comune, le condotte che infliggono danni da strumentalizzazione non sono mai ammesse. In tali evenienze sono i giudizi sui casi concreti che devono cedere davanti ai principi generali. Tuttavia, anche questo metodo, secondo Greene, attribuirebbe un peso indebito alle intuizioni comuni. La Dottrina del Doppio Effetto sarebbe nient’altro che una forma di codificazione delle intuizioni di senso comune su certi casi specifici. In tal caso vi è scarsa consolazione nel fatto che questo principio venga fatto prevalere in caso di contrasto con altre intuizioni di senso comune su altri casi specifici. Non è affatto detto che le intuizioni specifiche che sono state neutralizzate dal principio fossero quelle sbagliate, mentre quelle di cui il principio è codificazione fossero quelle giuste³⁶.

³⁵ GREENE 2013, 217-240. Curiosamente Greene, nelle sue repliche a Kamm, non fa appello al modello della miopia cognitiva per spiegare la distinzione tra danni da strumentalizzazione e danni collaterali, limitandosi ad alludere alla possibilità che studi futuri mostrino l’irrelevanza morale della Dottrina del Doppio Effetto (GREENE 2014, 723).

³⁶ GREENE 2014, 721 s.

Se, secondo Kamm, gli argomenti demistificatori non hanno avuto successo contro la morale deontologica, secondo Guy Kahane questi argomenti avrebbero tanto successo da ritorcersi contro gli scopi che Greene e Singer si sarebbero proposti.

Secondo Kahane, la conclusione evoluzionistico-demistificatoria a cui arrivano Greene e Singer si basa su due premesse, una delle quali poggia, a sua volta, su un'assunzione critica. In base alla prima premessa – *premesse causale* – deve esservi una spiegazione evoluzionistica in merito al perché elaboriamo un certo giudizio, e non devono esservi altre spiegazioni rilevanti³⁷. In proposito, come abbiamo visto, Greene e Singer ritengono di avere spiegazioni evoluzionistiche in merito alla nostra ritrosia verso la violenza personale o alla nostra indifferenza verso il dolore di persone anonime e lontane. La seconda premessa è una *premesse epistemica* alla stregua della quale l'evoluzione è un processo che non spiega come le persone avrebbero sviluppato la facoltà di conoscere quale sia la verità morale – la storia sull'origine evolutiva delle nostre credenze morali non presuppone in alcun modo l'idea che esistano verità morali. L'evoluzione sarebbe un processo *off track* rispetto alla verità morale. Queste due premesse conducono alla *conclusione* secondo la quale il giudizio morale di cui abbiamo una spiegazione evoluzionistica e non abbiamo una spiegazione alternativa, basata su processi di acquisizione del giudizio che siano *truth tracking*, sarebbe ingiustificato³⁸.

La premessa epistemica dell'argomento – secondo Kahane – poggerebbe, a sua volta, su un *assunto metaetico*, spesso trascurato, consistente nell'adozione di una posizione oggettivista in campo morale. La distinzione tra oggettivismo e soggettivismo³⁹ che Kahane sembra avere in mente passa per la contrapposizione tra l'idea – oggettivismo – secondo la quale i valori morali sono indipendenti dall'insieme di desideri, impegni e atteggiamenti del soggetto e l'idea – soggettivismo – secondo la quale i valori morali dipendono in ultima istanza da queste sfaccettature dell'identità individuale, e non si danno, a rigore, verità morali (oggettive)⁴⁰. L'assunto metaetico sarebbe necessario, perché, se si muovesse da un'ottica soggettivista, non si capirebbe in radice in quale modo un certo processo – un processo evoluzionistico, ma anche un processo storico – e le facoltà che questo processo conferirebbe agli individui possano essere *truth tracking*. Non potendo concepire, in campo morale, facoltà e giudizi *truth tracking*, il soggettivista non avrebbe da temere che alcuni dei processi che lo dotano di queste facoltà e giudizi siano *off track*⁴¹.

Ciò premesso, nella loro rivoluzione, Greene e Singer potrebbero non avere risorse teoriche sufficienti per evitare che i giudizi caratteristicamente consequenzialisti siano neutralizzati da argomenti evoluzionistico-demistificatori simili a quelli da loro stessi usati per neutralizzare i giudizi caratteristicamente deontologici e i giudizi di senso comune. Secondo Singer, ad esempio, i giudizi di senso comune in materia di aborto, suicidio ed eutanasia sarebbero il prodotto dell'influenza millenaria del Cristianesimo; l'influenza del Cristianesimo sarebbe un processo *off track*; dunque, i comuni giudizi in materia di aborto, suicidio ed eutanasia sarebbero ingiustificati⁴². Questo argomento potrebbe essere ritorto contro Singer mostrando come anche le radici dell'ideale dell'altruismo imparziale⁴³ – il cuore del consequenzialismo – emergano dalla morale

³⁷ Questa clausola sarà chiara alla fine del capoverso.

³⁸ KAHANE 2011, 111. Kahane non include nella premessa causale la clausola per cui non abbiamo altre spiegazioni basate su processi *truth tracking*. Poco prima, tuttavia, sottolinea che perché la premessa causale possa funzionare il ruolo che il processo *off track* – nel nostro caso le dinamiche evolutive – deve avere nella spiegazione della maturazione del giudizio non deve lasciare spazio al contributo di processi alternativi che siano *truth tracking* (KAHANE 2011, 106).

³⁹ È bene tenere a mente che siamo parlando di oggettivismo e soggettivismo in ambito morale, o, più generalmente, in ambito pratico.

⁴⁰ In cosa consisterebbe la dipendenza dei valori dall'identità? Non possiamo addentrarci nella distinzione – controversa e incandescente – tra oggettivismo e soggettivismo (in generale PARFIT 2011).

⁴¹ KAHANE 2011, 112 s.

⁴² SINGER 2005, 345.

⁴³ Secondo il quale ciascuno di noi deve prodigarsi per il bene altrui, senza accordare preferenza al proprio bene o

Cristiana e dunque siano tanto ingiustificate quanto lo sono i giudizi di senso comune in materia di aborto, suicidio ed eutanasia⁴⁴.

Due scenari si dischiuderebbero a questo punto. Gli argomenti evoluzionistico-demistificatori potrebbero espandere la loro portata in modo inarrestabile e confluire in un unico argomento evoluzionistico-demistificatorio che avrebbe come premessa causale l'idea per cui la nostra storia evolutiva spiegherebbe la genesi di tutti i nostri giudizi morali senza lasciare spazio a spiegazioni ulteriori basate su processi *truth tracking*, e come conclusione lo scetticismo morale⁴⁵. Questo primo esito potrebbe essere scongiurato perché non è affatto scontato che, allo stato attuale, sia possibile ricostruire una storia dei processi che hanno portato all'adozione di tutti i nostri giudizi e che non lasci spazio all'influenza di processi *truth tracking* (questa, si ricorderà, è la clausola di cui ha bisogno la premessa causale per funzionare). Tuttavia, anche se alcuni giudizi morali potessero sopravvivere alla demistificazione, le intuizioni alla base del consequenzialismo potrebbero non essere tra i pochi fortunati: diverse idee consequenzialiste come l'idea dell'altruismo imparziale, o l'idea della centralità del piacere, si prestano più di altri principi – ad esempio l'ideale del perfezionismo – a essere inserite in una genealogia che non lasci spazio all'influenza di processi *truth tracking*⁴⁶.

In ogni caso usare argomenti evoluzionistico demistificatori selettivi e arrestarsi nella rivoluzione davanti al consequenzialismo sarebbe un processo arbitrario.

4. La rivoluzione ripiegata

L'argomento di Kahane sfocia in un'accusa di arbitrarietà rivolta al metodo di ragionamento impiegato da Greene e Singer. Come fanno i rivoluzionari a capire fino a dove soffia il vento della rivoluzione? Come fanno ad arrestarsi alla demistificazione della morale deontologica e del senso comune, e a non procedere oltre con la demistificazione del consequenzialismo? Presupposto di questo attacco sarebbe l'assunzione metaetica per cui gli argomenti evoluzionistico-demistificatori selettivi sarebbero un affare tra oggettivisti (un affare che gli esploderebbe tra le mani conducendoli verso lo scetticismo valutativo). Da un lato i soggettivisti non avrebbero nulla da temere dagli argomenti evoluzionistico-demistificatori, dall'altro non potrebbero impiegarli.

Molti passi cruciali delle opere di Greene si prestano, almeno *prima facie*, a essere interpretati in chiave oggettivista⁴⁷, sebbene Greene, in altri passaggi di portata molto generale e difficilmente raffrontabili quanto a implicazioni con le sue posizioni specifiche, si dica agnostico sul se vi sia o meno una verità morale⁴⁸. Tralasciando queste problematiche psico-filologiche sul pensiero di Greene, in questo paragrafo conclusivo, partendo da un'interpretazione verosimilmente eretica dei suoi argomenti, si proverà a rispondere all'obiezione di Kahane.

Nel suo argomento Kahane presuppone che gli argomenti evoluzionistico-demistificatori funzionino solo a patto che possano distinguersi processi *truth tracking* e processi *off track*. Tuttavia, quella di Kahane potrebbe essere solo un'interpretazione di come funzionino gli argomenti evoluzionistico-demistificatori. Facciamoci guidare dalla seguente ipotesi: se intesi in modo compatibile con il soggettivismo – se, cioè, riusciamo a spiegare come gli argomenti evoluzioni-

al bene di certe persone specifiche.

⁴⁴ KAHANE 2011, 113 s.

⁴⁵ Questo argomento è stato sviluppato da JOYCE, 2006 e STREET 2006.

⁴⁶ KAHANE 2010, 117 ss.

⁴⁷ Può citarsi, a titolo di esempio, il seguente passo «Thus, it seems that as an evolutionary matter of fact, we have a taste for retribution, not because wrongdoers *truly* deserve to be punished regardless of the costs and benefits, but because retributive dispositions are an efficient way of inducing behavior that allows individuals living in social groups to more effectively spread their genes» (corsivo mio), GREENE 2008, 71; ma si veda anche GREENE 2013, 249.

⁴⁸ GREENE 2013, 188 s.

stico-demistificatori possano funzionare senza la distinzione tra processi *truth tracking* e processi *off track*, potrebbe darsi che, secondo questa nuova funzione, gli argomenti evoluzionistico-demistificatori selettivi – come quelli di Greene – cessino di avere esiti arbitrari⁴⁹.

La domanda preliminare è, allora, se gli argomenti di Greene possano essere interpretati come argomenti compatibili con il soggettivismo – argomenti che siano anche un affare tra soggettivisti.

La struttura tipica degli argomenti di Greene prevede l'impiego di quelle che potremmo chiamare “Regole di Ragionamento” – ossia regole sull'elaborazione dei nostri giudizi pratici. Un esempio semplice di Regola di Ragionamento prescrive che “davanti a dilemmi pratici inconsueti, devi ascoltare la voce della Modalità Manuale e trascurare quella della Modalità Automatica” – (vedi §2.2.).

Le Regole di Ragionamento a prima vista sembrerebbero essere il marchio di fabbrica dell'oggettivismo morale. Secondo l'oggettivismo, infatti, ha senso porsi la domanda del se i nostri atteggiamenti (la nostra *identità* psicologica) rispecchino o meno i valori morali – indipendenza dei valori morali dall'identità dell'agente – e, in caso di risposta negativa, avremo ragioni per avere atteggiamenti diversi da quelli che abbiamo. Il ruolo delle Regole di Ragionamento all'interno di una concezione oggettivista consisterebbe nel comandare di neutralizzare quelle porzioni della nostra identità morale che non si allineano con i valori oggettivi. Siccome per l'oggettivismo potremmo avere ragioni per essere diversi da come siamo, potremmo avere ragioni per usare regole – Regole di Ragionamento – che disciplinino il modo in cui pensiamo. Immaginiamo un marito scortese e violento con la propria moglie che si rappresenta perfettamente le implicazioni della sua condotta. Se questo marito fosse un oggettivista, allora avrebbe le risorse teoriche per chiedersi se la sua condotta sia in linea con i valori morali oggettivi e, *laddove* concludesse negativamente, avrebbe una ragione per usare una Regola di Ragionamento che neutralizzasse – privasse di ogni giustificazione – i suoi abietti atteggiamenti⁵⁰.

Siccome, secondo il soggettivismo, le ragioni a cui siamo sottoposti derivano dalla nostra identità, potrebbe pensarsi che non abbiamo una ragione per usare Regole di Ragionamento e neutralizzare alcuni dei nostri atteggiamenti, cambiando la nostra identità. Per il soggettivismo – secondo questa lettura – il marito scortese e violento non ha una ragione per comportarsi diversamente da come la sua indole lo fa comportare. Questa conclusione, tuttavia, trascura il fatto che a molti di noi accade di maturare atteggiamenti riflessivi critici. “Riflessivi” nel senso che vertono su altri atteggiamenti che pure abbiamo, e “critici” nel senso che hanno a oggetto non la conferma bensì la riforma degli atteggiamenti di livello sottostante. Seppure la riflessività possa diventare ricorsiva, per semplicità, possiamo chiamare questi atteggiamenti “atteggiamenti di secondo livello”⁵¹. Secondo il soggettivismo, allora, gli agenti hanno una ragione per usare Regole di Ragionamento quando hanno un atteggiamento di secondo livello corrispondente. Il marito scortese e violento non avrà una ragione per comportarsi decentemente qualora non solo non abbia una disposizione in tal senso, ma non abbia neppure una disposizione di secondo livello che critichi, neutralizzi, la sua disposizione di livello inferiore⁵².

Sia l'oggettivismo sia il soggettivismo ammettono ragioni per compiere una rivoluzione morale. La particolarità del soggettivismo sta nel come concepisce questa rivoluzione. Abbiamo ra-

⁴⁹ L'argomento proposto di seguito potrebbe fungere da risposta sia alla critica di Kahane, sia all'accusa di arbitrarietà che abbiamo incontrato alla fine di § 2.2.

⁵⁰ Sull'idea di neutralizzazione bisogna intendersi. Una Regola di Ragionamento non funziona come una formula magica: non si vuol dire che se il marito è oggettivista e crede di avere ragione di usare la Regola di Ragionamento, allora smetterà certamente di essere scortese e violento. Così come, se credo che le risposte della Modalità Automatica non vadano ascoltate – Regola di Ragionamento che neutralizza le risposte della Modalità Automatica –, ciò non vuol dire che effettivamente cesserò di prestare ascolto alla Modalità Automatica.

⁵¹ FRANKFURT 1971, LEWIS 1989.

⁵² Questa esplicitazione dell'ottica soggettivista può essere intesa come una glossa, non particolarmente necessaria, all'esempio di WILLIAMS 1995, 39.

gioni per modificare la nostra identità, solo se un atteggiamento in questa direzione è già parte della nostra identità. Dunque la rivoluzione morale è giustificata solo quando costituisce – paradossalmente – un atto di conservazione della nostra identità. Le uniche rivoluzioni che abbiamo ragione di fare sono – per il soggettivismo – rivoluzioni ripiegate.

Date queste premesse, si può rispondere alla domanda preliminare dicendo che gli argomenti di Greene sono compatibili con un'interpretazione soggettivistica. Secondo l'interpretazione soggettivistica, gli argomenti evoluzionistico-genealogici di Greene sarebbero delle spiegazioni scientifiche della genesi dei nostri giudizi; spiegazioni che producono ragioni in favore della neutralizzazione di certi giudizi *nella misura in cui* sono capaci di far sorgere degli atteggiamenti di secondo livello corrispondenti. Ad esempio, dopo che l'alter ego soggettivista di Greene ha spiegato il funzionamento della Modalità Automatica, la conclusione rivoluzionaria per cui “davanti a dilemmi pratici inconsueti, devi ascoltare la voce della Modalità Manuale e trascurare quella della Modalità Automatica” sarebbe condizionata al fatto che la spiegazione, incontrando la nostra identità attuale – rivoluzione ripiegata –, produca *contingentemente* (un fatto socio-psicologico) un atteggiamento di secondo livello corrispondente: un atteggiamento di secondo livello recitante “davanti a dilemmi pratici inconsueti, devi ascoltare la voce della Modalità Manuale e trascurare quella della Modalità Automatica”. Il successo degli argomenti genealogico-demistificatori dipende, in altri termini, da quanto sia impressionante la storia raccontata e impressionabile l'uditorio a cui ci si rivolge – non avrebbero altra dimensione di successo che non sia il successo socio-psicologico.

Questo modo di intendere gli argomenti evoluzionistico-demistificatori non solo li rende compatibili con il soggettivismo, ma permette anche di rispondere all'obiezione di Kahane secondo la quale, una volta che l'impresa evoluzionistico-demistificatoria è stata intrapresa, anche gli ideali alla base del consequenzialismo ne sarebbero travolti. La risposta è che, se ne siano travolti o meno, non è una questione teorica, ma una questione empirica di carattere socio-psicologico. Tutto è rimesso al se le persone, ascoltando, studiando, sognando le storie sulla genesi dei nostri giudizi, finiranno con il maturare avversione verso i loro giudizi egoistici, o verso i loro giudizi caratteristicamente deontologici, o verso i loro giudizi caratteristicamente consequenzialisti, o verso altri valori che pure possono essere riflessi nei nostri giudizi – ad esempio i valori perfezionisti –, o, magari, verso tutti i valori pratici.

In appendice alcune considerazioni sul metodo del ragionamento morale di Greene in relazione ai concetti introdotti in questo paragrafo.

Greene sottoscrive un ampliamento delle istanze che devono confluire nella ricerca di un equilibrio riflessivo (equilibrio riflessivo ampliato). Invece di limitarci ad aggiustare le nostre teorie morali e principi generali a mezzo dei nostri giudizi specifici (e viceversa), dovremmo aggiustare gli uni e gli altri alla luce delle nostre conoscenze scientifiche in materia biologica e psicologica⁵³. Alla luce di quanto detto, questa generale indicazione metodologica può essere intesa in due sensi diversi a seconda della collocazione sistemica delle Regole di Ragionamento.

Secondo un primo modello caratteristicamente soggettivista⁵⁴ le nostre conoscenze scientifiche in materia biologica e psicologica sono la fonte di ispirazione di svariate Regole di Ragionamento che neutralizzano – privano di validità – alcuni dei nostri giudizi contingenti, ma queste Regole di Ragionamento sono repute, a loro volta, valide – ci dicono cosa fare – solo finché costituiscono il contenuto di atteggiamenti di secondo livello. Conoscendo, attraverso la scienza, la genesi dei nostri giudizi potremmo maturare – fatto contingente – un atteggiamento di secondo livello per cui, ad esempio, “davanti a dilemmi pratici inconsueti, devi ascoltare la voce della Modalità Manuale e trascurare quella della Modalità Automatica”; ma in caso di mancata matu-

⁵³ GREENE 2014, 726. Sul concetto di equilibrio riflessivo ampliato DANIELS 1996.

⁵⁴ Questo modello è compatibile tanto con il soggettivismo tanto con l'oggettivismo. Tuttavia potrebbe essere l'unico modello del ragionamento compatibile con il soggettivismo.

razione – se l'incontro tra scienza e nostra identità dovesse risultare sterile – non avremmo una base normativa ulteriore dalla quale sostenere che la Regola di Ragionamento sul primato della Modalità Manuale dovrebbe comunque operare. Inoltre, anche se un simile atteggiamento di secondo livello dovesse in qualche momento prodursi, le nostre intuizioni rispetto a casi concreti potrebbero farlo svanire in qualsiasi momento. Sarebbe sempre aperta la possibilità che, incontrando un caso in cui ci sembri assurdo seguire la Regola di Ragionamento – anche se ci ricordiamo la lezione della scienza che ci sta dietro –, perdiamo il corrispondente atteggiamento di secondo livello e così anche ogni ragione per usare la Regola. In conclusione, siccome le Regole di Ragionamento ci dicono cosa fare solo finché permangono i corrispondenti atteggiamenti di secondo livello, diciamo che – secondo questo primo modello – le Regole di Ragionamento, di cui la scienza dovrebbe essere fonte di ispirazione, non sono in posizione sovrana. A essere in posizione sovrana sarà una regola diversa che prescrive di fare quello che i nostri atteggiamenti di secondo livello indicano, e che non ha dunque nulla a che fare con gli argomenti evoluzionistico-genealogici o, in generale, con gli apporti della scienza in materia biologica e psicologica.

Per il modello alternativo del metodo dell'equilibrio riflessivo ampliato, invece, le Regole di Ragionamento ispirate dalle nostre conoscenze scientifiche si collocherebbero in posizione sovrana. Le Regole di Ragionamento sarebbero valide indipendentemente dalla loro virulenza socio-psicologica: indipendentemente dal se siano idonee a incontrare la nostra attuale identità generando nuovi atteggiamenti di secondo livello. Secondo questo modello, se anche si dessero casi in cui appare assurdo tenere ferma la Regola di Ragionamento, non saremo giustificati nell'aprire margini di riconsiderazione. Le nostre intuizioni pratiche in casi concreti non permetterebbero mai di riconsiderare la Regola di Ragionamento, e perché una riconsiderazione avvenga sarà necessario che accada qualcosa nel dominio della scienza, ossia in un'altra provincia della rete di credenze che miriamo a far a stare in equilibrio.

L'alternativa tra questi due metodi – qui appena abbozzati – potrebbe risultare sgradita a Greene, ma la loro elaborazione, come l'elaborazione di metodi diversi, potrebbe giovare all'evoluzione del dibattito morale.

Riferimenti bibliografici

- BRIGAGLIA M. 2018. *Genealogia della normatività. La normatività come controllo*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», XVIII/1, 2018, 59 ss.
- DANIELS N. 1996. *Justice and Justification. Reflective Equilibrium in Theory and Practice*, Cambridge University Press.
- DE CARO M, MARRAFFA M. 2016. *Mente e morale. Una piccola introduzione*, Luiss University Press.
- FRANKFURT H.G. 1971. *Freedom of the Will and the Concept of a Person*, in «The Journal of Philosophy», 68, 1, 1971, 5 ss.
- GREENE J. D. 2008. *The Secret Joke of Kant's Soul*, in SINNOTT-ARMSTRONG W. (ed), *Moral Psychology. Vol II*, MIT Press, 35 ss.
- GREENE J. D. 2013. *Moral Tribes: Emotion, Reason and the Gap between Us and Them*, The Penguin Press.
- GREENE J. D. 2014. *Beyond Point and Shot Morality: Why Cognitive (Neuro)Science Matters for Ethics*, in «Ethics», 124, 4, 2014, 695 ss.
- GRIFFIN J. 1986. *Well-Being. Its Meaning, Measurement, and Moral Importance*, Oxford University Press.
- HAIDT J 2001. *The Emotional Dog and Its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment*, in «Psychological Review», 108, 4, 2001, 814 ss.
- HAIDT J. 2012. *The Righteous Mind*, Penguin Books.
- JOYCE R. 2006. *Metaethics and the Empirical Sciences*, in «Philosophical Explorations», 9(1), 2008, 133 ss.
- KAHANE G. 2011. *Evolutionary Debunking Arguments*, in «Noûs», 45,1, 2011, 103 ss.
- KAHANE G., WIECH K., SHACKEL N., FARIAS M., SAVULESCU J., TRACEY I. 2012. *The neural basis of intuitive and counterintuitive moral judgment*, in «Social Cognitive and Affective Neuroscience», 7, 2012, 393 ss.
- KAHNEMAN D. 2011. *Thinking, Fast and Slow*, Farrar, Straus and Giroux.
- KAMM F.M. 2008. *Neuroscience and Moral Reasoning: A Note on Recent Research*, in «Philosophy & Public Affairs», 37, 4, 2008, 330 ss.
- LEWIS D. 1989. *Dispositional Theories of Value*, in SMITH M., LEWIS D., JOHNSTON M. (eds.), *Dispositional Theories of Value*, in «Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volume», 63, 1989, 113 ss.
- NOZICK R. 1974. *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books.
- PARFIT D. 2011. *On What Matters. Volume I*, Oxford University Press.
- RAWLS J. 1999. *A Theory of Justice*, Harvard University Press (ed. or 1971).
- SCHEFFLER S. 1988. *Consequentialism and its Critics*, Oxford University Press.
- SINGER P. 1972. *Famine, Affluence, and Morality*, in «Philosophy and Public Affairs», 1, 3, 1972, 229 ss.
- SINGER P. 2005. *Ethics and Intuitions*, in «The Journal of Ethics», 9, 2005, 331 ss.
- STREET S. 2006. *A Darwinian Dilemma for Realist Theories of Value*, in «Philosophical Studies», 127, 2006, 109 ss.
- THOMSON J.J. 1985. *The Trolley Problem*, in «The Yale Law Journal», 94, 6, 1985, 1395 ss.
- THOMSON J.J. 2008. *Turning the Trolley*, in «Philosophy & Public Affairs», 36, 4, 2008, 359 ss.
- UNGER P. 1996. *Living High & Letting Die. Our Illusion of Innocence*, Oxford University Press.
- WILLIAMS B.A.O. 1995. *Internal Reasons and the Obscurity of Blame*, in ID., *Making Sense of Humanity – and Other Philosophical Papers 1982-1993*, Cambridge University Press, 35 ss.

DIRITTI INDIVIDUALI VS. SCOPI COLLETTIVI? I PROVVEDIMENTI ITALIANI IN MATERIA DI IMMIGRAZIONE AL TEMPO DELLA PANDEMIA

ALESSANDRA **SCIURBA**



Diritti individuali vs. scopi collettivi?

I provvedimenti italiani in materia di immigrazione al tempo della pandemia

Individual rights v. Collective goals?

The Italian Immigration Policies at the Time of the Pandemic

ALESSANDRA SCIURBA

Ricercatrice presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli studi di Palermo.

E-mail: alessandra.sciruba@unipa.it

ABSTRACT

Questo contributo analizza gli interventi attuati in Italia in materia di immigrazione nel corso dell'emergenza da covid-19, valutando come essi incidano su principi costitutivi e diritti fondamentali contrapponendoli a scopi collettivi. L'approfondimento della nozione giuridica di "porto sicuro" serve per segnalare la problematicità del Decreto interministeriale 7 aprile 2020, n. 150 in termini di rispetto dei diritti fondamentali e del diritto internazionale, mentre altre iniziative legislative e prassi messe in atto sono esempi di politiche elaborate in nome della tutela della sicurezza e della salute pubblica che hanno però esiti controversi e irragionevoli anche solo se commisurate con questo fine.

This paper analyses the Italian measures on migration during the covid-19 emergency. It looks at the way in which such measures affect constitutive principles and fundamental rights posing them in contrast with collective purposes. The legal notion of "place of safety" is deepened in order to highlight the problematic nature of the Interministerial Decree 7 April 2020, n. 150 in terms of respect of fundamental rights and international law. Other legislative initiatives and praxis are also taken into account as examples of policies which have controversial and unreasonable results for the protection of public health and safety, even though they were elaborated with the purpose of promoting them.

KEYWORDS

pandemia, diritti fondamentali, scopi collettivi, migrazioni, porto sicuro

pandemic, fundamental rights, collective goals, migration, place of safety

Diritti individuali vs. scopi collettivi?

I provvedimenti italiani in materia di immigrazione al tempo della pandemia

ALESSANDRA SCIURBA

1. *Prologo. Storia di Abou* – 2. *Bilanciare l'incommensurabile* – 3. *Nessun cambiamento di rotta* – 4. *Porti (in)sicuri* – 5. *Irragionevolezza chiama irragionevolezza* – 6. *Occasioni perdute*.

«Il conservatore [...] potrebbe sostenere che il governo sia legittimato a limitare i diritti dei suoi cittadini nelle situazioni di emergenza, o quando si deve prevenire un danno molto grave, o forse quando vi sono ragionevoli probabilità di assicurare un consistente beneficio [...]. Ma l'emergenza deve essere autentica [...] Se ammettiamo speculazioni nel giustificare un'emergenza o un beneficio decisivo, allora, ancora una volta, abbiamo annullato i diritti».

R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*

1. *Prologo. Storia di Abou*

Il 16 settembre del 2020 la nave della Ong spagnola Open Arms, con a bordo duecentosettantasei persone che aveva soccorso una settimana prima nel Mediterraneo centrale, si dirige verso il porto di Palermo su indicazione del Centro di coordinamento del soccorso marittimo di Roma. Le è stato negato un porto di approdo in territorio maltese, quello più vicino al punto in cui era stato effettuato il salvataggio e quindi quello in cui, secondo il diritto internazionale, i naufraghi sarebbero dovuti sbarcare. Dandole indicazioni di muovere verso Palermo, l'Italia sembra pertanto essersi lodevolmente assunta una responsabilità che non rientrerebbe nei suoi obblighi diretti. A fronte però delle previsioni del Decreto interministeriale 7 aprile 2020, n. 150 che aveva definito i porti del Paese come *insicuri* a causa dell'emergenza sanitaria legata alla diffusione del covid-19, l'Open Arms rimane per due giorni in una situazione di limbo, a poche miglia dalle coste del capoluogo siciliano, con tutte le persone soccorse ancora a bordo. Già provate da ciò che avevano vissuto prima del soccorso, prima settantotto e poi quarantasei di loro si gettano in mare non sopportando oltre, dopo avere rischiato di morire proprio naufragando, di rimanere su un natante in quella situazione di incertezza e limitazione della libertà personale. Solo a fronte di questo gesto disperato vengono tutte trasferite sulla nave quarantena Allegra, e lasciate pertanto, ancora, in mezzo al mare.

Tra loro c'è Abou, quindici anni, originario della Costa d'Avorio che, come gli altri, ha dovuto attraversare la Libia per cercare di raggiungere l'Europa. Pare che avesse il corpo segnato dalle torture subite, che fosse in stato di shock, e che, una volta a bordo della nave italiana, sia rimasto in silenzio per giorni. In ogni caso, della sua condizione devono essersi accorti in pochi tra coloro i quali avevano la responsabilità sanitaria sulla Allegra. Nonostante fosse stato trasbordato da Open Arms con una flebo ancora al braccio, si ha infatti certezza di una visita medica di Abou solo il 28 settembre, dieci giorni dopo quel momento. In quell'occasione appare ancora denutrito e disidratato, tanto da stabilire la necessità di un suo sbarco immediato. Il ragazzino viene però trasferito in terraferma solo giorni più tardi, il 2 ottobre, per essere ricoverato immediatamente in ospedale. E solo in quel momento viene nominata una tutrice, su richiesta del personale ospedaliero che ha bisogno di qualcuno titolato a prendere decisioni di estrema gravità rispetto a quel minore che si ritrova da solo in Italia. I tutori, a norma di legge, andrebbero invece nominati nel momento stesso in cui si apprende della presenza in Italia di un minore non accompagnato, e

la nave quarantena dove il ragazzino era rimasto per più di dieci giorni è territorio nazionale italiano. Il 3 ottobre Abou entra in coma. Trasferito nel reparto di rianimazione di un altro ospedale, muore il 5 ottobre alle 10.30 del mattino. Non è dato al momento conoscere le cause precise del decesso, ma con tutta probabilità esso è avvenuto per setticemia e quindi poteva essere evitato con cure adeguate e tempestive. La Procura di Palermo ha aperto un'inchiesta che si spera potrà fare chiarezza. Quel che è certo è che Abou era sopravvissuto alle torture in Libia, che era sopravvissuto all'attraversamento del Mediterraneo, e che è spirato in Italia, dopo avere trascorso molti giorni su una nave quarantena che di fatto è un presidio sanitario dello Stato italiano. Per lui l'Italia è stata certamente un porto non sicuro.

2. Bilanciare l'incommensurabile

Il 2020 passerà alla storia come l'anno della prima pandemia dell'era della globalizzazione, in un mondo attraversato da interconnessioni e processi molto più complessi di quelli, ad esempio, riscontrabili al tempo della febbre spagnola del 1918. Quasi ogni branca del sapere è ad oggi interrogata da questa inedita condizione in cui il pianeta è precipitato d'improvviso, e ovviamente anche i giuristi sono alle prese con questioni estremamente rilevanti cui sono state date risposte molto eterogenee: «legittimità o meno delle limitazioni delle libertà costituzionali, idoneità degli strumenti normativi adottati, conflitti di competenza tra stato, regioni ed enti locali, distinzione tra stato di emergenza e stato di eccezione»¹ sono solo alcune di queste, ciascuna peraltro da declinare rispetto ai riflessi che assume negli ambiti specifici più disparati: dal diritto di famiglia² alla libertà religiosa³, alle tecnologie digitali⁴ e via dicendo.

Anche il tema del controllo dei confini nazionali di fronte alle migrazioni, come pochi altri spettacolarizzato e al centro del dibattito politico da decenni, è stato evidentemente investito dalla nuova situazione. In Italia, un paese in cui in particolare le politiche migratorie hanno assunto un ruolo dirimente nella costruzione dell'opinione pubblica e del consenso elettorale, gli interventi legislativi e le prassi adottate nel corso di questa emergenza sanitaria hanno messo in luce da questa particolare prospettiva molte delle problematiche sopra citate, a partire da quelle connesse al rapporto tra stato di emergenza⁵ e diritti costituzionalmente sanciti, anche e soprattutto in materia di corrispettivi obblighi dello Stato derivanti dal diritto internazionale.

È pur vero che in un contesto emergenziale, ma anche in condizioni meno estreme, un diritto sancito da un principio costituzionale può essere limitato nella sua applicazione per tutelare un altro diritto posto a rischio. I principi, però, a differenza delle norme, non possono semplicemente essere invalidati quando confliggenti, anche laddove nel caso concreto l'uno finisca per prevelare sull'altro. Questo perché «i principi hanno una dimensione che le regole non hanno: la dimensione del “peso” o dell'importanza»⁶. La loro contingente limitazione, a seguito di un'operazione di bilanciamento, deve quindi essere sempre compatibile, come spiega Bruno Celano, con l'obiettivo di promuovere

«la composizione e l'articolazione dei valori espressi dai principi costituzionali in un quadro coerente, ragionevolmente dettagliato, che non confligga con le nostre intuizioni morali, e che sia atto a fornire

¹ SCHIAVELLO 2020, 367.

² Si veda, ad esempio, PERA 2020.

³ Si rimanda, tra gli altri, a MACRÌ 2020.

⁴ Cfr., tra i tanti, MARUCCI 2020.

⁵ Per una ricostruzione del concetto di “stato di eccezione” in Carl Schmitt e Giorgio Agamben, cfr. SIMONCINI 2008.

⁶ DWORKIN 2010 [1977], 54.

direttive determinate di condotta, tali da garantire l'ottimizzazione di ciascuno dei valori in questione in relazione agli altri»⁷.

In questo contributo proverò ad argomentare perché gli interventi messi in atto dal governo italiano in materia di immigrazione nel corso dell'emergenza sanitaria connessa alla diffusione del covid-19, andando di fatto a toccare principi costitutivi e diritti fondamentali e contrapponendoli per di più a scopi collettivi indeterminati, non abbiano rispettato le considerazioni appena citate, ovvero non abbiano risposto ai criteri di ragionevolezza e coerenza, nel rispetto dei valori in gioco, indispensabili quando si maneggiano materie tanto delicate con conseguenze tanto concretamente rilevanti.

Tali interventi, innanzitutto, si sono unicamente basati, per usare il linguaggio di Ronald Dworkin, su «argomenti di policy» che «giustificano una decisione politica mostrando che essa promuove o tutela alcuni scopi collettivi della comunità nel suo complesso», invece che su «argomenti di principio» che «giustificano una decisione politica mostrando che questa rispetta o assicura certi diritti soggettivi o collettivi»⁸. È evidente come a volte il confine tra un fine politico inteso e narrato come uno scopo collettivo e un diritto soggettivo possa sembrare labile: proprio in casi come quelli in cui sono in questione scopi quali la salute pubblica o la pubblica sicurezza, erroneamente, e non di rado strumentalmente, posti in contrapposizione a diritti di individui o di categorie di individui, si può facilmente essere portati a pensare che in gioco siano due principi/diritti di pari importanza, e non invece due elementi che mantengono una natura diversa e quindi una parte significativa di incommensurabilità. Da una simile confusione può nascere l'accettazione acritica, ad esempio, di un irrazionale bilanciamento tra «i diritti individuali di ognuno di noi e l'astrazione statistica della sicurezza»⁹, mentre dovrebbe sempre essere chiaro, come avverte ancora Dworkin, che «dobbiamo intendere come diritti concorrenti solo i diritti dei membri della società in quanto individui»¹⁰. Nel caso specifico che si sta trattando, ad esempio, ciò che sarebbe corretto valutare è fino a che punto, nella situazione attuale, il diritto alla salute di alcuni soggetti sia posto effettivamente in concorrenza con lo stesso diritto alla salute di altri soggetti; oppure quanto la tutela del diritto alla salute di alcuni individui rischi di compromettere altri diritti fondamentali di altre persone. Andrebbe in linea di massima rifuggita, invece, la possibilità di operare un bilanciamento tra diritti individuali e scopi politici indeterminati, così come andrebbe rifiutato ogni approccio utilitaristico che valuti la possibilità di comprimere o sopprimere dei diritti fondamentali in nome della massimizzazione di un'utilità generale, peraltro sempre impossibile da definire e misurare in maniera univoca: «il discorso sui diritti è spesso risolutamente anti-consequenziale»¹¹, ricorda Jeremy Waldron.

Un'emergenza sanitaria senza precedenti può però essere il più fecondo dei terreni per la promozione di bilanciamenti tra diritti individuali e scopi collettivi. Si pensi alla relativa facilità con cui l'opinione pubblica ha assimilato, di fronte alla diffusione dei casi di covid-19, la produzione quasi quotidiana di decreti d'urgenza che hanno introdotto modifiche anche molto pervasive delle abitudini più quotidiane delle persone, agendo in maniera limitante sui loro diritti fondamentali quali ad esempio la libertà di circolazione. A maggior ragione, tale accettazione è risultata immediata rispetto alla limitazione dei cosiddetti «diritti degli altri»¹², che per antonomasia sono sempre, innanzitutto, le persone di origine straniera denominate ormai in maniera massificante come «migranti». Le misure adottate rispetto a questa precisa categoria di persone

⁷ CELANO 2002, 36.

⁸ DWORKIN 2010 [1977], 131.

⁹ BARBERIS 2017, 73.

¹⁰ DWORKIN 2010 [1977], 283.

¹¹ WALDRON 2010, 25.

¹² Il riferimento è a BENHABIB 2004.

hanno però inciso sulla compressione di diritti fondamentali definiti come inderogabili anche in uno stato di emergenza, e suscitano peraltro forti dubbi in relazione a eventuali profili discriminatori in esse contenuti.

Da questa prospettiva, prenderò quindi in particolare considerazione il Decreto interministeriale 7 aprile 2020, n. 150, a firma del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti, del Ministero degli Affari esteri, del Ministero dell'Interno e del Ministero della Salute con il quale viene dichiarato che i porti italiani, in tempo di pandemia, non possono essere considerati porti sicuri di sbarco per le persone soccorse in mare da navi battente bandiera straniera.

L'analisi della nozione giuridica di "porto sicuro" (*place of safety*) sarà essenziale per fare emergere la problematicità delle previsioni contenute in questo Decreto in termini di rispetto dei principi costituzionali e delle norme del diritto internazionale del mare, dei diritti umani e dei rifugiati, e per valutare le sue conseguenze a fronte della concreta situazione che le politiche migratorie hanno creato nel Mediterraneo centrale.

In via residuale, altre controverse iniziative legislative a livello regionale, unitamente ad alcune prassi ancora in materia di gestione delle migrazioni, verranno brevemente considerate per restituire il fatto che il Decreto del 7 aprile 2020 non va interpretato come un provvedimento isolato, ma piuttosto come parte di una più generale modalità di intervento che in nome della tutela della sicurezza e della salute pubblica ha avuto esiti controversi e irragionevoli anche solo se commisurati con questo fine.

3. Nessun cambiamento di rotta

Il Decreto interministeriale 7 aprile 2020, n. 150 è composto di soli due articoli, il secondo dei quali si riferisce semplicemente al periodo di validità della previsione elaborata nel primo. L'unica disposizione di contenuto, all'articolo 1, recita come

«per l'intero periodo di durata dell'emergenza sanitaria nazionale derivante dalla diffusione del virus covid-19, i porti italiani non assicurano i necessari requisiti per la classificazione e definizione di *place of safety* (luogo sicuro), in virtù di quanto previsto dalla Convenzione di Amburgo sulla ricerca ed il salvataggio marittimo, per i casi di soccorso effettuati da parte di unità navali battenti bandiera straniera al di fuori dell'area SAR italiana»¹³

(ovvero della zona di *Search and Rescue* sotto responsabilità del Centro italiano di Coordinamento del soccorso marittimo). Tale disposizione viene adottata, si legge, in conseguenza della necessità di «disporre misure straordinarie di prevenzione del rischio di contagio», con il fine «di contrastare il diffondersi dell'emergenza epidemiologica da covid-19».

Ancor prima di valutare nel merito la dichiarazione di "insicurezza" dei porti italiani, questo provvedimento appare di dubbia ragionevolezza innanzitutto perché la misura adottata – impedire lo sbarco dei soli individui in arrivo dalla sponda Sud del Mediterraneo centrale a bordo di navi battente bandiera straniera, e solo di quelle – non si dimostra davvero commisurata col fine che si dichiara di voler raggiungere. Va sottolineata infatti l'esiguità del numero delle persone che rientrano nella fattispecie citata dal Decreto, le quali rappresentano una percentuale quasi minima rispetto al numero complessivo degli arrivi del 2020 sulle coste italiane, peraltro già di per sé di molto inferiore a quello di anni poco precedenti¹⁴.

¹³ Decreto R.0000150, del 07 aprile 2020.

¹⁴ Nessuna emergenza immigrazione, insomma, in tempi di pandemia come del resto anche in precedenza. I dati reali, infatti, raccontano non di un aumento ma di un costante calo complessivo delle migrazioni verso l'Europa: una flessione che già nel 2013 avrebbe raggiunto il 13% (OCSE 2014) a seguito della chiusura di ogni canale di ingres-

Vale allora la pena ricordare che l’emanazione del Decreto interministeriale del 7 aprile coincide temporalmente con il primo salvataggio effettuato da una nave della società civile battente bandiera straniera, la tedesca Alan Kurdi, della Ong Sea-Eye, dopo mesi in cui le Organizzazioni non governative non avevano potuto effettuare operazioni di ricerca e soccorso nel Mediterraneo centrale per le limitazioni imposte dai provvedimenti legati al contenimento della pandemia. Il nuovo Decreto sembra pertanto una risposta molto precisa alla richiesta da parte dell’Ong di un porto sicuro di sbarco in Italia per i naufraghi che ha appena salvato, inserendosi in questo senso in una linea di continuità con le misure di contrasto al soccorso in mare effettuato dalle navi della società civile attuate fin dal 2017 da un altro governo a maggioranza progressista (proprio come quello che si trova ora ad affrontare l’emergenza sanitaria), e di molto inasprite dal governo di ispirazione sovranista rimasto in carica in Italia dall’1 giugno 2018 al 5 settembre del 2019.

A questo proposito, va notato come, tra i ben 22 punti di premessa, introdotti dai vari “visto”; “tenuto conto”; “considerato”; “ritenuto” che precedono le uniche due disposizioni del Decreto, figuri il riferimento normativo all’articolo 19 della Convenzione di Montego Bay inerente il diritto internazionale del mare, ovvero quello per cui uno stato costiero può impedire il passaggio di navi mercantili o da guerra straniere, se questo passaggio è considerato arrecare «pregiudizio alla pace, al buon ordine e alla sicurezza dello Stato costiero». Si tratta dello stesso articolo su cui è stata costruita la *ratio* dell’articolo 1 del cosiddetto Decreto sicurezza bis¹⁵ del 2019 con cui l’allora Ministro dell’interno Matteo Salvini aveva trovato il modo di osteggiare l’ingresso in porto per le navi della società civile che avessero effettuato soccorso di naufraghi in fuga dalla sponda Sud del Mediterraneo. Il richiamo a questo articolo nel Decreto del 2019 era stato sin da subito stigmatizzato dall’Associazione degli Studi Giuridici sull’Immigrazione (ASGI) come il ricorso a «una tecnica legislativa alquanto maldestra» per consentire la «possibile “interpretazione” della Convenzione citata al fine precipuo di limitare ulteriormente le attività di ricerca e salvataggio in mare delle persone a rischio di naufragio». La stessa ASGI ricordava quindi all’interprete l’obbligo di «conoscere e comprendere» l’articolo citato raccordandolo «con gli altri obblighi ricadenti sull’Italia in base alle principali convenzioni internazionali rilevanti in materia», al fine di «fornire una soluzione interpretativa in grado di garantire la tenuta logica e giuridica dell’ordinamento stesso»¹⁶.

Pur avendo scelto di attuare delle modifiche al Decreto del 2019¹⁷, l’attuale governo, quindi, sembra averne tratto ispirazione diretta per l’ulteriore atto del 7 aprile del 2020 che si sta qui prendendo in considerazione, spingendone i presupposti fino a conseguenze imprevedibili prima della pandemia. Ritroviamo ad esempio l’utilizzo altamente indeterminato della nozione di “sicurezza dello Stato”, ora declinata in relazione alla condizione di emergenza sanitaria. In una situazione di allarme sociale dovuto ai timori indotti dalla diffusione del virus, inoltre, ciò che appare direttamente evocata è l’idea per cui la salvezza di alcuni – rappresentata in questo caso dalla tutela della salute pubblica – potrebbe essere prospettata solamente nel danno, anche gravissimo ed estremo, arrecato ad altri. All’entità di tale danno, peraltro, nel Decreto non si accenna in alcun modo, arrivando invece implicitamente a paragonare la limitazione dei trasporti pubblici o degli ingressi dei turisti sul territorio nazionale alla deroga, che di fatto viene avanzata dal Decreto, di obblighi internazionali posti a tutela di diritti fondamentali inderogabili¹⁸. Per

so legale al territorio degli Stati europei, dal 2012 in poi, e a una crisi economica e sociale che ha contribuito a distogliere chi ha avuto altre possibilità di scelta dal tentare viaggi sempre più pericolosi verso paesi impoveriti e segnati da recrudescenze xenofobe. Si pensi che nel 2006 entravano in Italia, con un solo “Decreto flussi”, 550.000 persone: un numero di molto superiore a quello delle circa 180.000 persone sbarcate sulle coste di questo Paese dopo avere attraversato il Mediterraneo nel 2016, l’anno in cui questo tipo di arrivi ha raggiunto la cifra più elevata.

¹⁵ Decreto-legge 14 giugno 2019, n. 53, G.U. 14/06/2019.

¹⁶ ASGI 2009.

¹⁷ Cfr. Decreto-legge 21 ottobre 2020, n. 130, G.U. 21/10/2020.

¹⁸ I restanti punti premessi alle disposizioni del Decreto appaiono infatti un elenco delle misure emanate a seguito della diffusione del virus, a cominciare dalla «Deliberazione del Consiglio dei Ministri adottata nella riunione del 31

comprendere fino a che punto il danno arrecato possa essere grave e quali diritti siano posti in questione da questo intervento, approfondiamo adesso la nozione di *place of safety*.

4. Porti (in)sicuri

Dopo la citazione delle «Linee guida sul trattamento delle persone soccorse in mare adottate dal Comitato Marittimo per la Sicurezza che prevedono che il governo responsabile per la regione SAR in cui siano stati recuperati i sopravvissuti sia responsabile di fornire un “luogo sicuro”», il Decreto interministeriale del 7 aprile, dichiarando la situazione di criticità dei Servizi Sanitari Regionali italiani dovuta alla pandemia in atto, afferma come «non risulta allo stato possibile assicurare sul territorio italiano la disponibilità di tali luoghi sicuri, senza compromettere la funzionalità delle strutture nazionali sanitarie, logistiche e di sicurezza dedicate al contenimento e alla diffusione del contagio e di assistenza e cura ai pazienti Covid-19». Il successivo “considerato” si muove poi nell’ambiguo solco tra il richiamo alla tutela dei diritti fondamentali delle persone soccorse, cui «deve essere assicurata l’assenza di minaccia per la propria vita, il soddisfacimento delle necessità primarie e l’accesso a servizi fondamentali sotto il profilo sanitario, logistico e trasportistico» e l’evocazione della minaccia che tali persone «tra le quali non può escludersi la presenza di casi di contagio di Covid-19» rappresentano per lo Stato, tanto che il punto immediatamente seguente fa riferimento «al consistente impegno delle forze di polizia nel controllo del territorio, al fine di garantire il rispetto delle disposizioni dettate in materia di emergenza sanitaria»: l’assunto implicito è evidentemente che tali forze debbano essere alleggerite di altri compiti come quello di occuparsi dell’arrivo delle persone soccorse in mare, da sempre gestito come un problema di ordine pubblico.

Una volta citati gli obblighi di diritto internazionale che comportano di fornire ai naufraghi un porto sicuro di sbarco, il Decreto interministeriale, arrivando su queste basi a negare *tout court* l’esistenza di porti sicuri in Italia, sembra dunque strumentalizzare tali obblighi – e i diritti dei naufraghi che ne sono il corrispettivo – proprio per legittimarne la deroga. Ma su quali principi si fondano esattamente questi obblighi derivanti dal diritto internazionale? E che significa, in termini di violazioni dei diritti fondamentali, stabilire che essi possano essere derogati?

La nozione di *place of safety* nell’ambito del diritto internazionale del mare indica un porto sicuro di sbarco per i naufraghi soccorsi da qualunque natante, la cui individuazione è necessaria affinché un’operazione di *Search and Rescue* (Sar) possa dirsi conclusa. Il concetto di “sicurezza” richiamato da questa nozione è interamente orientato dalla parte dei diritti delle persone che hanno rischiato la vita in mare: non è sufficiente, per chi presta soccorso, intervenire senza indugio impedendo il loro annegamento; parte integrante e costitutiva dell’obbligo di salvataggio è condurre i naufraghi in un luogo in cui i loro diritti fondamentali siano rispettati. Ad essere chiamati in causa sono qui innanzitutto l’articolo 2 e l’articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (Cedu), che proteggono rispettivamente il diritto alla vita e il diritto di non subire trattamenti inumani e degradanti, e che rientrano in quel nucleo di diritti identificati dalla stessa Cedu, all’articolo 15, come non derogabili neppure «in caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione», inclusa eviden-

gennaio 2020, relativa alla dichiarazione, per sei mesi, dello stato di emergenza su tutto il territorio nazionale in conseguenza con il rischio sanitario connesso con l’insorgere di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili», fino al Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 11 marzo, che consentiva al Ministro delle Infrastrutture, di concerto con quello della Salute, la «riduzione e soppressione dei servizi automobilistici interregionali e di trasporto ferroviario, aereo e marittimo, sulla base delle effettive esigenze e al solo fine di assicurare i servizi minimi essenziali» (art. 5), e ai vari Decreti con cui lo stesso Ministro delle Infrastrutture ha via via limitato l’ingresso delle persone fisiche in Italia, incidendo prevalentemente sul turismo.

temente anche una condizione di pandemia. Questi diritti appaiono a loro volta a fondamento del principio di *non refoulement* sancito all'articolo 33 della Convenzione delle Nazioni Unite sullo status di rifugiato, ovvero del divieto di respingimento verso luoghi in cui una persona possa appunto trovarsi in pericolo di vita o essere sottoposta a trattamenti inumani e degradanti. Tale divieto è al cuore stesso della “sfaccettata interazione”¹⁹ tra il diritto internazionale dei rifugiati e il diritto internazionale dei diritti umani, che si incontrano qui nel diritto internazionale del mare: regimi giuridici diversi che si integrano sulla base della priorità di tutelare la vita umana e la sua dignità e stabiliscono quindi responsabilità condivise e pienamente normate.

Alla prova dei fatti, però, questa armonia, seppure trascritta in principi di *ius cogens*, si è rivelata effimera e fragile: chi ha scritto la Convenzione di Ginevra sullo status di rifugiato nel 1951 non avrebbe potuto facilmente immaginare che in un mondo globalizzato (e sempre più segnato da guerre, sfruttamento postcoloniale delle risorse e crescita delle diseguaglianze) i suoi principi sarebbero stati azionati da milioni di persone per rivendicare un diritto di accesso ai diritti. Allo stesso modo, chi ha elaborato la Convenzione sulla ricerca e il soccorso in mare, nel 1979 ad Amburgo, non avrebbe saputo prevedere che alla tenuta dei principi in essa contenuti sarebbe stata di fatto assegnata la sfida di tutelare migliaia di profughi provenienti dai Sud del mondo e costretti a diventare naufraghi a causa della chiusura di ogni canale di ingresso legale da parte degli Stati in cui cercavano rifugio. Di contro, allo stesso modo in cui il principio di non respingimento è rimasto il solo baluardo giuridicamente incontrovertibile per contrastare il potere statale di chiudere i confini territoriali connesso con la sovranità nazionale, la nozione di porto sicuro è ancora oggi quella che più si può opporre al totale arbitrio dei governi rispetto alla gestione delle migrazioni che attraversano il Mediterraneo.

Per questa ragione, il modo in cui si fa riferimento alla nozione di “porto sicuro” all'interno del Decreto interministeriale 7 aprile 2020, n. 150 appare particolarmente controverso rispetto al doppio paradosso che solleva: non solo, come accennato, quello di utilizzare gli obblighi internazionali degli Stati per negare di fatto l'approdo ai naufraghi – nel momento in cui si afferma che a causa dell'emergenza sanitaria i loro diritti non potrebbero essere adeguatamente rispettati –, ma anche quello implicito alla situazione materiale del Mediterraneo, funestata da accordi con gli Stati di transito dei profughi, innanzitutto con la Libia, che prevedono la violazione strutturale e sistemica dei principi di diritto internazionale dei diritti umani inclusi nel diritto internazionale del mare, a partire proprio dal principio di *non refoulement*.

Lo stesso governo che ha emanato il Decreto in cui si dichiarano i porti italiani insicuri aveva infatti rinnovato, solo due mesi prima, l'accordo con la Libia²⁰ per cui l'Italia finanzia direttamente dal 2017 (per un totale di 213 milioni di euro in 3 anni) la cosiddetta “guardia costiera libica” con il preciso mandato di fermare in mare le persone in fuga da quel paese e riportarle indietro. Stando ai dati sicuramente parziali forniti dall'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (Oim), almeno 11.000 persone sono state nel 2020 in questo modo catturate e riportate in Libia, dove infuria da anni una guerra civile che continua a mietere vittime. In questo contesto, la vita delle persone provenienti da altri Stati e rimaste bloccate in terra libica si svolge tra torture e detenzioni di massa, tra uccisioni sommarie e stupri quotidiani: uno scenario di “inimmaginabili orrori”, così descritto dalle Nazioni Unite già alla fine del 2018²¹, che continua a degenerare.

Ma se le navi della società civile non possono più portare le persone soccorse nel porto sicuro più vicino al punto in cui il salvataggio è avvenuto, come il diritto internazionale prevede e che

¹⁹ CHETAİL 2014, 30 (traduzione mia).

²⁰ Si tratta del *Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana*, firmato tra l'allora Primo ministro Paolo Gentiloni e uno dei capi libici Fayez Al-Sarraj, il 20 febbraio del 2017.

²¹ Cfr. UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS OFFICER OF THE HIGH COMMISSIONER 2018.

per questioni meramente geografiche non può che essere uno di quelli italiani o maltesi – e due soli giorni dopo l’emanazione del Decreto interministeriale italiano, il 9 aprile 2020, anche Malta ha dichiarato i propri porti non sicuri a causa della pandemia – quale sarebbe l’alternativa?

L’ultimo “ritenuto” del Decreto in questione recita come «le attività assistenziali di soccorso da attuarsi nel “porto sicuro” possano essere assicurate dal paese di cui le unità navali battono bandiera». Ma questa previsione risulta di fatto inattuabile. Dove, esattamente, tali attività assistenziali dovrebbero essere assicurate? Sul territorio dello stato di bandiera? Ovvero in Germania, nel caso della nave Alan Kurdi? In Spagna, nel caso di Open Arms? E come raggiungere un porto sicuro tedesco o spagnolo dal Mediterraneo centrale con a bordo centinaia di persone già allo stremo delle forze? Oppure il non detto, l’implicito di questi provvedimenti legislativi, è che le persone non vadano soccorse, a meno che a farlo non sia chi è stato deputato dall’Italia e addestrato dall’Europa – i libici – proprio al fine di impedire che possano arrivare sulle coste europee?

I provvedimenti amministrativi di varia natura con cui le autorità italiane hanno di fatto bloccato in porto, tra la fine dell’estate e l’inizio dell’autunno del 2020, la maggior parte delle navi della società civile che operano ricerca e soccorso nel Mediterraneo e hanno fermato le missioni dell’aereo da ricognizione *Moonbird* che monitorava i naufragi in mare²², sembrerebbero avallare questa ipotesi: ai profughi che naufragano cercando di fuggire dalla Libia non deve restare al momento altra alternativa all’annegamento che la cattura e il respingimento verso la guerra e la violenza.

Il 9 aprile del 2020, giorno in cui, come accennato, Malta ha seguito l’Italia dichiarando anche i propri porti insicuri a causa della pandemia, centottanta persone respinte verso la Libia non sono potute sbarcare nel porto di Tripoli perché questo era teatro di fitti bombardamenti. Possibile considerare i porti italiani o maltesi non sicuri in conseguenza dell’emergenza sanitaria, e trattare invece di fatto i porti libici come se lo fossero, nonostante si trovino in un paese in guerra?

E il paradosso, in questa differente valutazione dell’insicurezza in relazione ai porti, appare ancora più stridente proprio nel caso di Malta, se si pensa che il piccolo Stato-isola negli stessi giorni di aprile del 2020 chiedeva 100 milioni di euro all’Unione europea per finanziare una nuova missione in Libia, ancora con lo scopo di contenere le migrazioni, mentre rivendicava pubblicamente il coordinamento di un’operazione Sar conclusasi con un respingimento effettuato da una nave priva di codice identificativo *Imo*²³ partita proprio dal porto de La Valetta per andare incontro a un’imbarcazione di profughi che da giorni aveva lanciato l’allarme: tra le persone riportate nei porti libici, evidentemente ritenuti “sicuri”, cinque erano senza vita mentre altre sette risultavano disperse²⁴.

5. Irragionevolezza chiama irragionevolezza

Il 12 aprile del 2020 un Decreto del Capo Dipartimento della Protezione civile ha istituito, «per contrastare la diffusione epidemiologica da Covid-19»²⁵, l’utilizzo delle cosiddette “navi quaran-

²² Cfr. *Nove Ong denunciano ciò che accade nel mediterraneo: liberate la civil fleet*. Disponibile in: <https://www.facebook.com/Mediterraneanrescue/videos/348739453105867/> (consultato il 13/11/2020).

²³ Si tratta del codice identificativo attribuito dall’Organizzazione Marittima Internazionale ad ogni assetto navale che superi le 100 tonnellate di stazza lorda allo scopo di favorirne il riconoscimento.

²⁴ Questo controverso e terribile episodio, per il quale il Premier maltese Abela è stato al centro di un’indagine poi velocemente archiviata, è passato attraverso i media come “la strage di pasquetta”.

²⁵ Decreto del Capo Dipartimento della Protezione Civile 12 aprile 2020, n. 1287, *Nomina del soggetto attuatore per le attività emergenziali connesse all’assistenza e alla sorveglianza sanitaria dei migranti soccorsi in mare ovvero giunti sul territorio nazionale a seguito di sbarchi autonomi nell’ambito dell’emergenza relativa al rischio sanitario connesso all’insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*. Tale Decreto riporta ovviamente, tra la normativa citata nei punti di premessa, anche il Decreto interministeriale del 7 aprile, n. 150 che appena cinque giorni prima aveva dichiarato i

tena” ai fini dell’espletamento del periodo di isolamento delle persone soccorse nel Mediterraneo Centrale. La misura viene adottata, come si legge in una nota del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti diramata lo stesso giorno, per fare fronte al caso specifico dei «centocinquantasei migranti presenti sulla nave Alan Kurdi in prossimità delle acque territoriali nazionali», a seguito del rifiuto, da parte del comandante, «di seguire la procedura per l’accoglienza nel proprio paese di bandiera che è la Germania». La stessa nota spiega esplicitamente che «l’intervento di natura umanitaria non può avvenire con lo sbarco presso i porti italiani, a causa della forte pressione organizzativa e sanitaria, in questa fase emergenziale da covid-19»²⁶. Il passaggio sulle navi quarantena delle persone soccorse in mare, insomma, si rende necessario per potere difendere almeno formalmente la previsione del Decreto 7 aprile 2020, n. 150. Anche in questo caso, una misura nata in risposta ad una contingenza particolare e specifica, la richiesta di un porto di sbarco per i naufraghi soccorsi dalla nave Alan Kurdi, si traduce in un provvedimento che si estende poi a tutte le persone soccorse anche successivamente. Anche in questo caso, è lecito indagare il rispetto dei criteri di ragionevolezza, proporzionalità e coerenza adottati nell’elaborare e applicare questo provvedimento, così come la sussistenza e l’entità dei profili discriminatori in esso contenuti, considerato che si tratta di una misura fortemente restrittiva e limitativa della libertà personale attuata solo nei confronti di una determinata categoria di persone, accomunate innanzitutto dal fatto di non essere di cittadinanza italiana.

Molti ed eterogenei sono stati infatti fin dal primo momento, e continuano ad essere oggi, i dubbi espressi in diversi ambiti da differenti esperti in merito, innanzitutto in relazione alla tutela dei diritti e della dignità delle persone confinate su queste navi. Tali dubbi sembrano trovare fondamento nel caso estremo ma paradigmatico di Abou, il minore la cui storia apre questo contributo, come in tante altre testimonianze che raccontano ad esempio del trasferimento sulle navi quarantena anche di persone già presenti sul territorio italiano, prelevate dai centri di accoglienza, e portate di forza a bordo per espletare l’isolamento sanitario²⁷. L’utilizzo delle navi quarantena, inoltre, è stato contestato anche in relazione all’efficacia proprio in termini di contenimento del contagio²⁸. Ed è infine da sottolineare l’enorme dispendio economico, connesso innanzitutto all’affitto di questi natanti privati, che risulta molto maggiore di quello che sarebbe necessario per fare espletare la stessa quarantena in strutture ubicate in terraferma e identificate a questo scopo.

La mancanza di ragionevolezza segna anche altre misure adottate nello stesso periodo ancora nei confronti delle persone migranti. Molte di quelle giunte in Italia negli ultimi mesi hanno ad esempio ricevuto alla fine del periodo di quarantena un decreto di respingimento differito, ovvero un foglio di carta in cui, dichiarando la loro presenza irregolare sul territorio dello Stato, viene intimato di lasciare il territorio nazionale entro una settimana. Questa prassi era stata molto applicata in Italia soprattutto negli ultimi mesi del 2015, nell’ambito dell’implementazione del cosiddetto “approccio hotspot”, ma era stata poi drasticamente limitata nel 2017 a seguito di molte e articolate denunce da parte di associazioni che ne criticavano la legittimità²⁹ e di numerose decisioni giudi-

porti italiani come mancanti dei necessari requisiti per la classificazione e definizione di *place of safety* (“luogo sicuro”), aggiungendo che, in conseguenza dello stesso, «permane la necessità di assicurare il rispetto delle misure sanitarie adottate per contrastare la diffusione epidemiologica da Covid-19 con riferimento ai casi di soccorso in mare».

²⁶ Cfr. MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI 2020 Disponibile in: <https://www.mit.gov.it/comunicazione/news/alan-Kurdi-intervento-per-gestione-migranti-affidato-al-dip-immigrazione-con-supporto-Croce-Rossa-mit> (consultato il 19/11/2020).

²⁷ Cfr. TOMASETTA 2020.

²⁸ Si veda al riguardo, ad, esempio, l’opinione espressa dall’infettivologo Massimo Galli. Disponibile in: https://www.huffingtonpost.it/entry/massimo-galli-la-nave-quarantena-non-funziona-fara-la-fine-della-diamond-princess-it_5f2a8386c5b6e96a22abb4d1 (consultato il 15/10/2020).

²⁹ Cfr., tra i tanti, AMNESTY INTERNATIONAL 2016; OXFAM 2016; ASGI PUGLIA 2016.

ziali che l'avevano dichiarata illegittima annullandone gli effetti caso per caso, poiché non risultava adeguatamente accertata la condizione individuale delle persone respinte anche rispetto alla volontà di chiedere protezione internazionale³⁰. Di recente, però, la stessa prassi sembra venire nuovamente applicata in maniera estensiva, nonostante, anche al di là di ogni valutazione circa la sua legittimità, essa risulti particolarmente problematica proprio in relazione all'impatto delle sue conseguenze sulla situazione di emergenza connessa alla pandemia in corso. Le persone destinatarie di un decreto di respingimento differito, infatti, si disperdono sul territorio non avendo solitamente risorse e mezzi, anche qualora volessero farlo, per ottemperare all'ordine di allontanamento. Oltre ad accrescere i fattori di vulnerabilità che favoriscono ogni loro forma di sfruttamento, le conseguenze di questi provvedimenti si traducono quindi anche in una maggiore difficoltà nel monitorarne la salute e tracciarne gli spostamenti al fine di contenere la diffusione del contagio da covid-19. In tale senso, quest'ultimo esempio rappresenta pienamente fino a che punto la mancata tutela dei diritti di alcuni nella realtà accresca l'insicurezza di tutti, piuttosto che il contrario, rivelando l'irragionevolezza di provvedimenti che negli effetti concreti delle loro previsioni in nulla appaiono coerenti neppure con gli scopi dichiarati.

Il 23 agosto del 2020, inoltre, il Presidente della Regione siciliana Nello Musumeci ha emesso un'ordinanza «di carattere contingibile e urgente» con la quale ha dichiarato di avocare a sé il potere di trasferire d'imperio fuori dal territorio della Sicilia «tutti i migranti presenti negli hotspot ed in ogni Centro di accoglienza» a fronte dell'impossibilità di «garantire la permanenza nell'Isola nel rispetto delle misure sanitarie di prevenzione del contagio». Con la stessa ordinanza, il Presidente dichiarava anche il «divieto di ingresso, transito e sosta nel territorio della Regione Siciliana di ogni migrante». Il motivo addotto era ancora una volta quello di «tutelare e garantire la salute e l'incolumità pubblica» rispetto alle quali la presenza delle persone arrivate attraversando il Mediterraneo veniva quindi nuovamente descritta, senza alcun dato comprovante questa tesi, come il rischio maggiore. L'intervento di Musumeci è stato immediatamente sospeso nei suoi effetti dal Tribunale Amministrativo Regionale con sede a Palermo, che ha accolto l'istanza cautelare del governo italiano che rivendicava la propria competenza esclusiva sulle materie in oggetto, ed è stato poi ritenuto illegittimo anche nel merito, adducendo la medesima motivazione. Il conflitto Stato-Regione è apparso in questo caso di semplice definizione, essendo il controllo dei confini la prerogativa per antonomasia della sovranità nazionale: si è trattato quindi di una mera provocazione, nei fatti e negli effetti, arrivata semplicemente ad esasperare un clima sociale e politico già torrido. Va però rimarcato come, in fondo, il Presidente siciliano non abbia fatto altro che muoversi nel medesimo solco aperto dal governo nazionale, utilizzando lo stato di emergenza sanitaria per aprire brecce nell'ordinamento giuridico vigente, al di fuori di ogni criterio di ragionevolezza e senza rispettare la gerarchia delle fonti e dei poteri, pur mettendo a rischio i diritti fondamentali delle persone coinvolte dopo averli contrapposti al benessere generale dei membri della comunità politica di cui è governatore. Se il Decreto emanato dai Ministri italiani il 7 aprile dichiarava il territorio italiano indisponibile all'approdo dei naufraghi soccorsi per l'assenza di porti sicuri, contravvenendo formalmente e sostanzialmente ai dettami del diritto internazionale, quello agostano del Presidente della Regione dichiarava invece indisponibile il territorio siciliano per «la mancanza di strutture idonee di accoglienza», attribuendosi competenze che un ente regionale non può avere.

Di tutti questi interventi sarà importante impegnarsi a monitorare cosa resterà nel prossimo futuro. Varrà la pena, in questo senso, seguire l'epilogo tanto delle navi quarantena quanto della dichiarazione di insicurezza dei porti italiani: il trattenimento a bordo di natanti di cittadini stranieri arrivati attraversando il Mediterraneo è una prassi che verrà mantenuta anche al di là

³⁰ Cfr., ad esempio, Tribunale di Palermo, sez. I civ., ordinanza 1.3.2017, est. Aiello, XXX (avv. Papa) c. Ministero dell'interno e Questore di Trapani.

dell'emergenza connessa al covid-19 e della necessità del periodo di quarantena? L'idea di utilizzare simili soluzioni di contenimento e filtro delle migrazioni è del resto vagheggiata da diversi anni da vari esponenti politici italiani. Allo stesso modo, l'approssimazione e la mancanza di ragionevolezza nella valutazione con cui alcuni porti sono stati dichiarati insicuri, come quelli italiani o maltesi, mentre altri sono stati di fatto trattati come sicuri pur non essendolo, come quelli libici, segnerà le prossime politiche che agiranno sul contesto Mediterraneo allargando ancora la breccia aperta rispetto alle costanti violazioni dei principi del diritto internazionale? La giornalista e scrittrice Naomi Klein avanzava già anni fa una riflessione importante sullo sfruttamento da parte dei poteri istituzionali delle reazioni di *shock*³¹ determinate da episodi e fenomeni sconvolgenti (un disastro ambientale, un attentato terroristico, o, appunto, una pandemia) per introdurre permanenti modifiche nell'ordinamento giuridico a discapito di alcuni diritti, di alcune libertà, di alcune garanzie, la cui soppressione difficilmente verrebbe assimilata in condizioni di normalità.

6. Occasioni perdute

La *ratio* del Decreto interministeriale che è principale oggetto di analisi critica in questo contributo è stata giustificata dal legislatore, come già detto, in nome di una decisione politica presentata come necessaria per tutelare scopi collettivi quali la salute pubblica e la sicurezza dello Stato, e l'evocazione di questi scopi è stata semplicemente addotta come ragione sufficiente per limitare e mettere a rischio anche diritti definiti come inderogabili. Come è stato scritto proprio a commento del Decreto che ha dichiarato i porti italiani insicuri,

«vi sono due approcci ben distinti: da un lato, sta l'adozione di misure eccezionali strettamente proporzionali e correlate alle necessità connesse all'epidemia (evitare diffusioni del virus e tutelare le persone soccorse dal contagio); dall'altro, una indebita compressione di diritti, che *devono*, se pur con modalità rapportate allo stato di emergenza sanitaria, essere garantiti. Il primo approccio è legittimo, il secondo no»³².

In conclusione, se è certamente possibile convenire con Aldo Schiavello sulla necessità di accogliere le sfide che «il diritto contemporaneo e l'ideologia giuridica oggi prevalente» apportano al «mito originario della certezza del diritto», imponendo «a tutti – legislatori, giudici e individui soggetti al diritto – di assumersi le proprie responsabilità e i rischi che ne conseguono»³³, quando si è di fronte a concetti dal significato non chiaro, che necessitano uno sforzo interpretativo, come appunto quello di “sicurezza”, il loro utilizzo generalizzato, specie in fasi particolari come quelle segnate da uno stato di emergenza che strutturalmente giustifica interventi ritenuti non legittimi in altri contesti, può comportare però dei pericoli non indifferenti. Da questa prospettiva, gli interventi in materia di immigrazione attuati in Italia in questi mesi di pandemia, a fronte di una compressione di diritti fondamentali inderogabili e di un mancato rispetto di prin-

³¹ KLEIN 2007.

³² ALGOSTINO 2020.

³³ SCHIAVELLO 2020, 384. In questo contributo Schiavello prende in considerazione la locuzione «in prossimità della propria abitazione» come limite imposto dal Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 10 aprile 2020 alla possibilità di svolgere attività motoria in tempi di *lock down*, e sottolinea quindi come l'indeterminatezza di tale locuzione richiami i cittadini a un'interpretazione responsabile di questo limite non ulteriormente specificato; un'interpretazione che deve essere orientata dall'obiettivo comune del distanziamento sociale al fine di evitare la diffusione del virus. In questo caso, però, l'indeterminatezza riguarda un concetto che davvero può essere interpretato ragionevolmente da chi dovrà poi attenersi alla disposizione, e non incide sulla compressione di diritti fondamentali definiti come inderogabili anche in uno stato di emergenza.

cipi dello stato costituzionale di diritto come quello della gerarchia delle fonti e dei poteri, appaiono in generale definibili come irragionevoli e indiscriminati (oltre che discriminatori).

In questo ambito, come in molti altri, la sfida inedita che la diffusione del virus ha posto alle istituzioni e alle nostre società è stata innanzitutto quella di mettere in luce disfunzioni, incongruenze, assenza di visione e programmazione, inadeguatezze normative e politiche che erano tutte già esistenti, ma che adesso emergono come non mai nella loro gravità; così come ha evidenziato a livello sociale ingiustizie e discriminazioni nell'accesso ai diritti che hanno differenziato profondamente le risorse che diverse categorie di persone hanno potuto avere a disposizione per affrontare questi tempi difficili. Avrebbe potuto essere, da questa prospettiva, un'epoca gravida di occasioni di analisi e rinnovamento, ma sarebbe stata a questo scopo necessaria una ragione pubblica, intesa come «linguaggio comune o traduttore degli argomenti e delle ragioni adottati nel dibattito pubblico»,³⁴ non atrofizzata da decenni di semplificazioni, slogan, dirottamenti su capri espiatori delle ragioni reali del malessere delle persone comuni. La parabola delle misure adottate in materia di immigrazione in Italia nel corso dell'emergenza sanitaria da covid-19 ci segnala una parte piccola ma significativa di questa occasione mancata.

³⁴ SCHIAVELLO 2016, 61.

Riferimenti bibliografici

- ALGOSTINO A. 2020. *Lo stato di emergenza sanitaria e la chiusura dei porti: sommersi e salvati*, in «*Questione Giustizia*», 1, 2020. Disponibile in: https://www.questionegiustizia.it/articolo/lo-stato-di-emergenza-sanitaria-e-la-chiusura-dei-porti-sommersi-e-salvati_21-04-2020.php (consultato il 21/11/2020).
- AMNESTY INTERNATIONAL 2016. *Hotspot Italia. Come le politiche dell'Unione europea portano alla violazione dei diritti di rifugiati e migranti*. Disponibile in: <https://www.amnesty.org/en/documents/eur30/5004/2016/it> (consultato il 23/12/2020).
- ASGI 2009. *Analisi critica del c.d. "Decreto sicurezza bis" relativamente alle disposizioni inerenti il diritto dell'immigrazione*, 13 settembre 2009. Disponibile in: https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2019/09/2019_Commento-decreto-sicurezza-bis_13_9_.pdf (consultato il 23/11/2020).
- ASGI PUGLIA 2016. *Il diritto negato. Dalle stragi in mare agli hotspot*, 22 gennaio 2016. Disponibile in: https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2016/01/2016_asilo_puglia_11.pdf (consultato il 15/11/2020).
- BARBERIS M. 2017. *Non c'è sicurezza senza libertà. Il fallimento delle politiche antiterrorismo*, il Mulino.
- BENHABIB S. 2004. *The Rights of Others. Aliens, Residents, Citizens*, Cambridge University Press.
- CELANO B. 2002. *Defeasibility e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili*, in «*Diritto & questioni pubbliche*», 2, 2002, 36 ss.
- CHETAIL V. 2014. *Are Refugee Rights Human Rights? An Unorthodox Questioning of the Relations between Refugee Law and Human Rights Law*, in RUBIO M. (ed.), *Human Rights and Immigration, Collected Courses of the Academy of European Law*, Oxford University Press, 30 ss.
- DWORKIN R. 2010. *I diritti presi sul serio*, il Mulino (ed. or. *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, trad. it. di N. Muffato).
- KLEIN N. 2007. *Shock economy. L'ascesa del capitalismo dei disastri*, Rizzoli.
- MACRÌ G. 2020. *La libertà religiosa alla prova del Covid-19. Asimmetrie giuridiche nello "stato di emergenza" e nuove opportunità pratiche di socialità*, in «*Stato, chiese e pluralismo confessionale*», 2, 2020, 65 ss.
- MARUCCI M. 2020. *Tecnologie digitali e controllo sociale ai tempi del Covid-19*, in «*Menabò di Etica ed Economia*», 124, 2020. Disponibile in: <http://oa.inapp.org/xmlui/handle/123456789/672> (consultato il 30/10/2020).
- MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI 2020. *Alan Kurdi: intervento per gestione migranti affidato al Dip. Immigrazione con supporto Croce Rossa*, 12 aprile 2020. Disponibile in: <https://www.mit.gov.it/comunicazione/news/alan-Kurdi-intervento-per-gestione-migranti-affidato-al-dip-immigrazione-con-supporto-Croce-Rossa|mit> (consultato il 27/11/2020).
- OCSE 2014. *Is Migration Really Increasing?*, in «*Migration Policy Debates*», 2014. Disponibile in: <https://www.oecd.org/berlin/is-migration-really-increasing.pdf> (consultato il 15/10/2020).
- OXFAM 2016. *Rapporto Hotspots. Il diritto negato*, Oxfam briefing paper, 19 maggio 2016. Disponibile in: https://www.oxfamitalia.org/wp-content/uploads/2016/05/rapporto_Hotspots_Il-diritto-negato_oxfam_def.pdf (consultato il 30/11/2020).
- PERA A. 2020. *Stato di emergenza, libertà fondamentali e diritto alla bi-genitorialità nelle famiglie in crisi ai tempi del covid-19*, in «*The Cardozo Electronic Law Bulletin*», 26, 1, 2020, 1 ss.
- SCHIAVELLO A. 2016. *Ripensare i diritti*, Mucchi Editore.

- SCHIAVELLO A. 2020. “*La grida canta chiaro*” ... o forse no. *Qualche osservazione a partire da un esercizio di interpretazione giuridica*, in «Lo Stato. Rivista semestrale di scienza costituzionale e teoria del diritto», 14, 1, 2020, 367 ss.
- SIMONCINI R. 2008. *Un concetto di diritto pubblico: lo “stato di eccezione” secondo Giorgio Agamben*, in «Diritto & questioni pubbliche», 8, 2008, 197 ss.
- TOMASETTA L. 2020. *Io, ghanese in Italia da 7 anni, preso di notte e costretto a fare la quarantena covid su una nave*, in «TPI», 12 ottobre 2020. Disponibile in: <https://www.tpi.it/cronaca/Migranti-positivi-al-covid-cas-navi-quarantena-20201012680399/> (consultato il 23/12/2020).
- UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS OFFICER OF THE HIGH COMMISSIONER 2018. *Migrants and refugees crossing Libya subjected to “unimaginable horrors”*. Disponibile in: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24037&LangID=E&fbclid=IwAR2-QsMuQwqesHoNCIIRkmBDkRA5BDWJthJjxCUwpIATHktTg8Xx83iaomI> (consultato il 2/12/2020).
- WALDRON J. 2010. *Torture, Terror and Trade-off. Philosophy for the White House*, Oxford University Press.

PER UNA NUOVA EDUCAZIONE GIURIDICA

MASSIMO **VOGLIOTTI**



Per una nuova educazione giuridica

For a New Kind of Legal Education

MASSIMO VOGLIOTTI

Università del Piemonte Orientale.

E-mail: massimo.vogliotti@uniupo.it

ABSTRACT

Il tema dell'educazione giuridica è stato tradizionalmente trascurato nei paesi di *civil law*. I primi segni di un cambiamento si avvertono all'inizio del nuovo millennio e, soprattutto, negli ultimi dieci anni, caratterizzati da un'intensa fioritura di studi, convegni, rapporti e metodi didattici innovativi. Un po' in tutti i paesi dell'Europa continentale si fa strada l'idea della necessità di un profondo rinnovamento del modello d'insegnamento del diritto ereditato dalla stagione positivista e statualistica. Il saggio ricostruisce questa vicenda, proponendo un nuovo modello di formazione giuridica adeguato alle trasformazioni della società, del diritto, della cultura giuridica e del mondo del lavoro.

The subject of legal education has traditionally been neglected in civil law countries. The first signs of a change are felt at the beginning of the new millennium and, mostly, in the last ten years, characterized by an intense flowering of studies, conferences, reports and innovative teaching methods. A bit in all the countries of continental Europe, the idea of the need for a profound renewal of the teaching model of law inherited from the legal positivism is gaining ground. The paper reconstructs this story, proposing a new model of legal education suited to the transformations of society, law, legal culture and the world of work.

KEYWORDS

Educazione giuridica, civil law/common law, cultura giuridica, modernità, rivoluzione scientifica

Legal education, civil law/common law, legal culture, modernity, scientific revolution

Per una nuova educazione giuridica

MASSIMO VOGLIOTTI

1. *Il punto di vista del giurista anglosassone* – 2. *Il tradizionale disinteresse per il tema della formazione giuridica nei paesi di civil law* – 3. *I segni di un cambiamento* – 4. *Un modello che soffre sia sul versante teorico sia sul versante pratico* – 5. *Le critiche al metodo delle lezioni ex cathedra* – 6. *I presupposti teorici del modello tradizionale d'insegnamento del diritto* – 7. *Quale formazione, per quale diritto e per quale giurista?* – 8. *Lo stretto legame tra concezione del diritto e metodi e contenuti dell'insegnamento* – 9. *Quale interdisciplinarietà?* – 10. *Le condizioni per una nuova educazione giuridica.*

1. *Il punto di vista del giurista anglosassone*

A metà degli anni Settanta del secolo scorso, il grande comparatista di Stanford, John Henry Merryman, in un saggio dedicato alla comparazione tra i modelli di insegnamento del diritto nei paesi di *common law* e di *civil law*, metteva in evidenza una differenza fondamentale tra «American and civil law universities: the higher degree of self-consciousness in the United States about the objectives and methods of university education». Aggiungendo che «this characteristic is particularly marked in the law schools». Sintomo eloquente di questa particolare attenzione alla questione della formazione giuridica sull'altra sponda dell'oceano è l'esistenza di un'associazione («the Association of American Law Schools») e di una rivista («the Journal of Legal Education and its predecessor, The American Law School Review») che si occupano esclusivamente del tema dell'insegnamento del diritto, delle sue finalità, dei suoi metodi, dei suoi problemi. Solo «in common law schools (in recent years England has joined this group) does one find *continuous self-searching about what we are doing, why we are doing it, and how we might better do it*»¹.

La scena, secondo Merryman, muta completamente se si attraversa l'Atlantico:

«Most of my colleagues who teach in civil law universities are, by comparison, totally unconcerned. Questions about teaching objectives and methods are considered uninteresting or not open to discussion. One teaches as professors have always taught; one's purposes are the same purposes as they have always been; questions about such matters do not arise»².

Eppure, osserva l'illustre studioso americano, ci sono ottime ragioni per fare della *legal education* un tema fondamentale di discussione e di ricerca. Innanzitutto, il modello formativo che si impone in un determinato contesto geografico e temporale è una cartina di tornasole che rivela le caratteristiche del sistema giuridico e, più in profondità, i tratti tipici della cultura giuridica da cui quel modello è germinato: «The examination of legal education in a society provides a window on its legal system. Here one sees the expression of basic attitudes about the law: what law is, what lawyers do, how the system operates or should operate». Lo studio dei metodi, dei contenuti e delle finalità dell'insegnamento del diritto rappresenta una via privilegiata per raggiungere gli ambiti

* Una prima versione del saggio è stata presentata al convegno *Quale formazione, per quale giurista? Riflessioni sulla didattica del diritto nella prospettiva socio-giuridica*, organizzato dall'Associazione di Studi su Diritto e Società (Bologna, 29 maggio 2019). Gli atti, a cura di C. Sarzotti e C. Blengino, usciranno nel corso del 2021 nella Collana del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino. Ringrazio i curatori per aver consentito che il saggio venisse pubblicato prima su questa Rivista.

¹ MERRYMAN 2008, 175 (la sottolineatura è nostra). Per una documentata e chiara presentazione della *legal education* anglosassone, v. TREGGIARI 2007, 149-195.

² MERRYMAN 2008, 175.

più riposti della coscienza del giurista, là dove alberga la sua filosofia spontanea, le sue idee irriflesse su cosa sia il diritto, su quali siano le caratteristiche del sapere giuridico, su quale debba essere il ruolo del giurista nella società. Si potrebbe dire, in altre parole, che il modello d'insegnamento del diritto è lo specchio fedele del paradigma giuridico dominante, che, in quello specchio, continua a riconoscersi pienamente anche quando lo stato di crisi del paradigma è già molto avanzato. Anzi, è proprio attraverso la pratica quotidiana e diffusa dell'insegnamento che quel paradigma riesce a resistere alla crisi, almeno fino a quando essa raggiunge la sua massima acutezza e la rivoluzione scientifica riesce a travolgere anche quest'ultimo bastione difensivo.

Se, dunque, come ha scritto in modo particolarmente efficace Felix Frankfurter, nominato da Roosevelt nel 1939 *Associate Justice* della Corte suprema, al posto che si era reso vacante in seguito alla morte di Cardozo, «in the last analysis, the law is what the lawyers are. And the law and the lawyers are what the law schools make them»³, si comprende tutta l'importanza scientifica e pratica del tema della formazione del giurista, le cui caratteristiche e finalità finiscono per produrre i suoi effetti sul volto della società di domani:

«Legal education also gives us a look at the future of the society. Those who will man the legal system and will fill those positions of leadership in government and the private sector that seem to fall more frequently to lawyers, at least in Western societies, come out of the law schools. What they are taught and how it is taught to them profoundly affect their objectives and attitudes and the ways in which they will fill these social roles»⁴.

2. *Il tradizionale disinteresse per il tema della formazione giuridica nei paesi di civil law*

Fino a pochi anni fa, tutte queste buone ragioni, così evidenti all'osservatore americano, non riuscirono mai a convincere davvero i giuristi dell'Europa continentale a dare la giusta importanza alla questione della formazione giuridica, a lungo trascurata sia sotto il profilo delle concrete pratiche di insegnamento sia dal punto di vista della ricerca scientifica.

Certo, le parole così lapidarie di Merryman non devono far pensare che, nella nostra tradizione giuridica, tale questione sia stata completamente trascurata. Del resto, una prima confessione di questo assunto ci viene proprio dal contributo del comparatista americano. Esso, infatti, è parte di un volume che raccoglie gli atti del primo "Seminario internazionale sull'educazione giuridica", organizzato nel 1973 da due giuristi italiani, Alessandro Giuliani e Nicola Picardi, presso l'Università di Perugia. A questo incontro di studio, cui ne seguirono altri cinque⁵, partecipò il *gotha* della scienza giuridica europea (Helmut Coing, Philippe Malaurie, Riccardo Orestano, Chaïm Perelman, Renato Treves, Uberto Scarpelli, Jerzy Wróblewski...), segno evidente che, in quegli anni di profonda trasformazione della società e della cultura giuridica, il tema della formazione del giurista era stato autorevolmente portato all'attenzione delle comunità scientifiche dei paesi di *civil law*. A livello istituzionale, l'importanza del tema – impostato questa volta su un aspetto più specifico, la formazione del giurista europeo, resa necessaria dal processo d'integrazione europea – era già

³ La citazione, tratta da una lettera del 13 maggio del 1927 indirizzata a Mr. Rosenwald, è ricordata da EDWARDS 1992, 34.

⁴ MERRYMAN 2008, 169.

⁵ Gli atti dei sei seminari internazionali organizzati da A. Giuliani e N. Picardi tra il 1973 e il 1989 sono stati raccolti in una collana intitolata *L'educazione giuridica* che ospita sei volumi e undici tomi (il primo volume della prima edizione è uscito nel 1975, l'ultimo nel 1994). Di Giuliani, prima di allora, occorre ricordare l'intervento al Congresso di diritto comparato che si tenne nel 1956 a Barcellona (una sessione plenaria venne dedicata ai problemi dell'insegnamento del diritto con le relazioni generali di C. Eisenmann e K. Zweigert). Al termine di quell'intervento Giuliani formulava la seguente proposta: «Che sul continente si affronti consapevolmente il problema della istruzione giuridica, mediante l'istituzione di riviste specializzate, che possano rappresentare l'equivalente del *Journal of Legal Education*» (GIULIANI 1957, 325).

stata avvertita dal Consiglio d'Europa che nel 1968 convocò a Strasburgo una conferenza europea dei presidi delle facoltà di giurisprudenza, che raccomandò di promuovere la ricerca e l'insegnamento del diritto europeo e comparato, affidando al Consiglio il compito di prendere le misure necessarie per rendere vincolanti le conclusioni della conferenza⁶.

In quello stesso anno, Uberto Scarpelli manda alle stampe un'approfondita e attualissima riflessione, che avremo modo di riprendere in seguito, sull'«educazione del giurista», collocandola sullo sfondo delle trasformazioni sociali del secondo dopoguerra e della novità rappresentata dallo stato costituzionale di diritto che sancisce la crisi definitiva del positivismo giuridico, «colpito in uno dei suoi aspetti fondamentali, la concezione (ora possiamo dire: la mistificazione) della scienza del diritto quale conoscenza neutrale». In questo scenario, in cui il mondo di ieri tramonta e quello di domani deve essere in gran parte progettato e costruito, un ruolo fondamentale torna ad avere il giurista. Il giurista, che

«sotto il fascismo era ridotto a figura secondaria, che doveva cercare anzi, se non voleva confondersi e comprometersi con i grandi e piccoli ideologi con gli stivali, di ritrarsi ai margini della vita pubblica, [...] è tornato ad essere nello stato di diritto repubblicano un protagonista, svolgendo come legislatore e consigliere del legislatore, come giudice costituzionale, come giudice, come avvocato, come studioso, compiti essenziali per la custodia e l'elaborazione della struttura fondamentale dello stato».

Compiti altissimi ed estremamente difficili, trattandosi di

«portare la razionalità del diritto in rapporti e situazioni nuovi, prodotti dalle trasformazioni della società industriale, trattandosi a tal fine di inventare nuovo diritto ed anche, fino a un certo punto, nuovi metodi di posizione ed applicazione del diritto, nuove garanzie per la sua efficacia, nuovi stili per la sua elaborazione teorica»⁷.

Il contributo di Scarpelli, presentato a Milano nel 1967 al convegno su “Scienze sociali, riforma universitaria e società italiana”, era stato preceduto da un rapporto “Sul riordinamento degli studi giuridici della facoltà di giurisprudenza”, dal quale risulta una piena consapevolezza della portata della questione dell'insegnamento del diritto. Una revisione dell'ordinamento degli studi giuridici, si legge, «non può essere soltanto una diversa sistemazione degli esami attuali e l'introduzione di tecniche più perfezionate di controllo del lavoro degli studenti». Essa non può essere ridotta a «un mero fatto tecnico: è lo strumento per indirizzare gli orientamenti metodologici e i contenuti della scienza giuridica nei decenni a venire». Una tale riforma, insomma, ha senso

«solo quando risponda, e nello stesso tempo lavori a promuovere un generale mutamento di concezioni sulla metodologia della scienza giuridica, sulla funzione dei giuristi nella società, sulla formazione che a tal fine deve essere data agli studenti, sul lavoro di ricerca che deve essere svolto dagli studiosi»⁸.

Simili prese di coscienza del significato profondo della questione della formazione giuridica si sono susseguite durante tutto il secolo scorso e pressoché in tutti i paesi di *civil law*. In Francia, ad esempio, contributi importanti si sono avuti da Raymond Saleilles⁹, da André Tunc¹⁰ e dal movi-

⁶ A quella conferenza ne seguirono altre tre, nel 1971, 1974 e 1976 (delle facoltà, non più dei presidi). V., in merito, SACCO 2011, 675-678.

⁷ SCARPELLI 1968, 7, 3 e 5.

⁸ CASSESE et al., 22.

⁹ V., in particolare, SALEILLES 1902, 313-329.

¹⁰ TUNC 1957, 71-78.

mento “Critique du droit”¹¹, rispettivamente all’inizio, a metà e nell’ultimo quarto del Novecento.

E tuttavia, ed è là che il ritratto di Merryman coglie nel segno, queste ed altre voci che si sono levate nel vecchio continente per attirare l’attenzione sull’importanza del tema della formazione giuridica non sono riuscite a rompere il muro dell’indifferenza che ha circondato la cultura giuridica dei *civil lawyers* durante tutto il ventesimo secolo. In altre parole, quelle voci non erano voci di corifei, di rappresentanti autorevoli di una *communis opinio*, di una sensibilità diffusa in seno alla comunità scientifica; erano, al contrario, voci di solisti che, puntando l’indice contro il modello d’insegnamento in vigore, contestavano, più o meno esplicitamente, l’intera concezione del diritto e della scienza giuridica della loro epoca.

Proprio a questo proposito, si può notare un’altra significativa differenza rispetto al mondo anglosassone. Qui, l’attenzione per il tema della *legal education* è stabile e continua; nei paesi di *civil law*, invece, l’interesse si manifesta episodicamente e, in particolare, nei momenti in cui gli attacchi al paradigma scientifico dominante si fanno più robusti; nei periodi, insomma, per dirla con Thomas Kuhn, di «scienza straordinaria», non di «scienza normale»¹².

La prova del diffuso disinteresse per il tema della formazione giuridica nei paesi di *civil law* è data dal fatto che le critiche, pur autorevoli, al modello d’insegnamento che si è imposto in Europa continentale in seguito alla statualizzazione del diritto e al successo del positivismo giuridico (sia nella versione francese dell’esegesi, sia in quella tedesca della pandettistica) e le proposte di riforma che si sono succedute durante tutto il secolo scorso non hanno avuto né la forza di generare un ampio dibattito in seno alle comunità scientifiche¹³ né, ancor meno, la capacità di trasformare significativamente le pratiche concrete d’insegnamento. Queste, eccezion fatta per alcuni aggiornamenti e per qualche innovazione pedagogica come l’introduzione, in Francia, dei «travaux dirigés», resi obbligatori dalla riforma del 1954¹⁴, hanno continuato a seguire passiva-

¹¹ V., soprattutto, GLEIZAL 1978, 71-113.

¹² KUHN 1999. Con il sintagma «scienza straordinaria» Kuhn indica la fase che si apre quando le anomalie del paradigma diventano consistenti e una parte della comunità scientifica, normalmente più giovane, comincia a contestarlo. Si pongono così le premesse per una rivoluzione scientifica che, se ha successo, produce un nuovo paradigma e una nuova fase di «scienza normale». Questa si occupa della «ripulitura» del nuovo paradigma, ossia si impegna «all’articolazione di quei fenomeni e di quelle teorie che sono già fornite» da esso. Una tale attività si presenta «come un tentativo di forzare la natura entro le caselle prefabbricate e relativamente rigide fornite dal paradigma». Compito della scienza normale non è, infatti, quello di scoprire nuovi generi di fenomeni; «anzi, spesso sfuggono completamente quelli che non si potrebbero adattare all’incasellamento» (KUHN 1999, 44)

¹³ Nell’introduzione alla seconda edizione del primo volume della collana *L’educazione giuridica*, Nicola Picardi, dopo aver ricordato che nella cultura anglosassone, diversamente da quella di *civil law*, «il problema della *legal education* ha avuto sempre grande rilievo, tanto da costituire, tradizionalmente, una vera e propria disciplina, corroborata da una vasta letteratura e diffusa in diverse riviste specializzate», osserva che le ricerche collettive degli anni Settanta a Perugia erano «pionieristiche» e che le stesse ebbero uno scarso impatto sulla comunità scientifica italiana, «anche perché, soprattutto i primi due volumi, erano difficilmente reperibili», segno evidente dello scarso interesse per il tema (PICARDI 2008, IX-X).

¹⁴ Come osserva CHEVALLIER 2011, 103-104, l’introduzione dei «travaux dirigés», preceduta nel 1922 dalle «conférences» (facoltative), non ha «remis en cause la prééminence du cours magistral, qui rest[e] l’institution pédagogique centrale, le contrôle des connaissances servant toujours à contrôler la capacité de mémorisation des étudiants». Per una critica della pedagogia seguita normalmente nei TD, v. MORÉTEAU 2006, 287-288. Moréteau sottolinea, innanzitutto, che gli studenti sono spesso troppo numerosi (35-40, «alors que 30 était le chiffre de référence trois décennies plus tôt. Signe des temps, les étudiants parlent aujourd’hui de “cours de TD” par opposition au “cours d’amphi”, expressions inquiétantes») e che il giovane ricercatore che si occupa dei TD «a rarement plus de trois ou quatre ans d’expérience et est souvent novice dans la matière qu’il enseigne». Questi, inoltre, è ben consapevole «qu’il doit éviter de contredire la dictée du professeur s’il veut éviter des plaintes inutiles. Il fera régner dans sa salle un académisme souvent plus pesant que celui du professeur car il est lui-même un professeur en cours de (re-)production». Per evitare problemi, «les chargés de TD s’alignent sur un conformisme moyen et apprennent à s’adapter aux professeurs. Et, bien sûr, ils imposent le sacro-saint plan en deux parties et deux sous-parties ainsi que le sempiternel commentaire d’arrêt. Bien peu se risquent à des pédagogies novateurs, alors qu’il n’y a aucun risque à le faire».

mente le vecchie liturgie, lasciando completamente all'iniziativa individuale – che è sempre rara – la sperimentazione di nuovi metodi di insegnamento¹⁵.

Non si può quindi dar torto a Joseph Weiler quando afferma, con amarezza, che «nell'ambito dell'accademia l'insegnamento è una delle dimensioni professionali meno importanti». Tra gli indicatori «misurabili dei progressi accademici, come salari, promozioni, congedi, assunzioni da parte di un'altra (più “prestigiosa”) università, l'insegnamento è sempre menzionato, ma in realtà non conta nulla»¹⁶.

3. I segni di un cambiamento

Se fino a un recente passato questo quadro desolante era difficilmente contestabile, da un po' di tempo a questa parte sembra che le cose stiano cambiando.

Infatti, dall'inizio del nuovo millennio, e in modo ancora più marcato in questi ultimi dieci anni, si assiste un po' dappertutto in Europa a una fioritura di convegni, di congressi¹⁷, di seminari, di *workshop*, di ricerche individuali e collettive, di rapporti¹⁸, di pubblicazioni scientifiche, di *dossiers*¹⁹, di manifesti e di sperimentazioni di nuovi modelli pedagogici che rivelano un crescente interesse per la questione della formazione giuridica nei paesi di *civil law*.

La novità non consiste soltanto nel numero di queste iniziative e nella loro concentrazione in un lasso di tempo relativamente breve – una novità che sarebbe già, di per sé, particolarmente significativa – ma nella presa di coscienza, sempre più diffusa nel mondo delle università, delle professioni e delle istituzioni (quantomeno in certi paesi), dell'importanza e dell'urgenza²⁰ – per il futuro della ricerca scientifica, del diritto e della società – di un profondo rinnovamento del modello formativo che abbiamo ereditato dalla fase positivista della modernità giuridica.

In Italia, un primo, importante, segno di questa svolta ci viene dall'istituzione, per iniziativa di Orlando Roselli, di un “Osservatorio sulla formazione giuridica”²¹. Nell'introduzione agli atti di un convegno su “La riforma degli studi giuridici”, che si tenne nel 2003 presso l'Università di

¹⁵ Jacques Chevallier conclude il suo studio sulla posizione del movimento “Critique du droit” nei confronti del tema dell'insegnamento riconoscendo che «la critique effectuée par le mouvement “Critique du droit” il y a trente ans, n'a [...] guère eu d'influence sur l'enseignement juridique dont la spécificité reste réaffirmée et la conception inchangée». Gli insegnamenti restano «très généralement dominés par un “positivisme techniciste”, qui s'attache à restituer le plus fidèlement possible l'état du droit existant, tout en construisant et en diffusant les cadres conceptuels destinés à assurer la cohérence et la complétude de l'édifice normatif». La persistenza di questo modello d'insegnamento è la prova «de la profondeur de l'enracinement d'une tradition juridique qui, comme l'avait d'ailleurs montré “Critique du droit”, est indissociable d'un modèle d'État que le droit et les juristes ont contribué à édifier». E termina dicendo che «tout le problème est de savoir dans quelle mesure cette tradition pourra être maintenue, compte tenu de l'ébranlement de ce modèle, notamment sous la pression de la mondialisation» (CHEVALLIER 2011, 111-112; la sottolineatura è nostra).

¹⁶ WEILER 2017, 730.

¹⁷ È il caso del congresso dell'Accademia internazionale di diritto comparato che si è tenuto a Vienna dal 20 al 26 luglio del 2014. La pubblicazione degli atti si deve a JAMIN, CAENEGEM 2016.

¹⁸ V., in particolare, l'originale e stimolante rapporto, depositato nel 2002, della “Commission de Réflexion sur les Études de droit”, presieduta da Antoine Lyon-Caen, e le raccomandazioni contenute nel rapporto del 9 novembre 2012 del Wissenschaftsrat – organo consultivo del governo federale e dei Länder, istituito nel 1957 – sulla formazione giuridica in Germania. Su questo rapporto, disponibile nella versione inglese dal 2013 (*Prospects of Legal Scholarship in Germany. Current Situation, Analyses, Recommendations*), v. i contributi di SORDI 2014, BRUTTI 2014 e LIBERTINI 2014.

¹⁹ Una particolare fioritura si è avuta in Francia negli ultimi dieci anni: PIMONT 2010, 87-263; AA.VV. 2010, 9-191; AÏT-AOUDIA, VANNEUVILLE 2013, 9-116; BAILLEUX, OST 2014, p. 25-162; AA.VV. 2018, 209-256.

²⁰ VOGLIOTTI 2014, 73-85.

²¹ I risultati dei lavori dell'osservatorio sono stati raccolti in una collana di dodici volumi pubblicata, a cura di Vincenzo Cerulli Irelli e Orlando Roselli, dalle Edizioni scientifiche italiane tra il 2005 e il 2007 (“Collana per l'Osservatorio sulla formazione giuridica”).

Firenze, Roselli ci spiega le ragioni che lo indussero a concepire un tale progetto: «Promuovere una sede di riflessione continua, non occasionale, sulla didattica del diritto in quanto momento di riflessione sul metodo giuridico» e sulle «trasformazioni sempre più rapide e profonde delle categorie di spazio e tempo» che caratterizzano l'esperienza giuridica contemporanea. Pur riconoscendo l'esistenza di iniziative grandi e piccole sull'insegnamento delle differenti discipline, il costituzionalista fiorentino rileva la mancanza di

«una sede che sia di raccordo e di promozione di una riflessione sistematica sui molteplici profili di una formazione adeguata alle stesse trasformazioni degli ordinamenti giuridici e che sia capace di trasmettere la comprensione dell'evolversi degli stessi processi di strutturazione del fenomeno giuridico»²².

Convinto della necessità di costruire una vera «scienza della formazione giuridica»²³, ci mette in guardia contro il pericolo di «realizzare una riforma a metà, che magari furbescamente pigramente sostituisca etichette, invece che rinnovare contenuti; che non abbia la forza o il coraggio di promuovere un mutamento radicale nel costume accademico, nei modelli organizzativi delle nostre Facoltà»²⁴.

La recente fioritura di riflessioni sul tema della formazione giuridica e le crescenti sperimentazioni di percorsi didattici innovativi – che nell'ultimo anno hanno subito un'accelerazione in seguito alla necessità di immaginare metodi di insegnamento alternativi alla didattica in presenza, sospesa dall'emergenza sanitaria per COVID-19 – sembrano suggerire che il modello tradizionale d'insegnamento abbia raggiunto il suo punto *critico*. Nella medicina ippocratica, la parola “*krísis*” – sostantivo che viene dalla radice del verbo “*kríno*” che significa distinguere e separare, operare una scelta, decidere – indica la fase “decisiva” dell'evoluzione della malattia, un cambiamento, come attesta il dizionario *Littré*, che si manifesta «par quelques phénomènes particuliers, comme une excrétion abondante, une hémorrhagie considérable, des sueurs». Analogamente, l'intensificazione e la diffusione dell'interesse per la questione della formazione giuridica, unite all'aumento del peso e del numero dei capi d'imputazione nei confronti del modello tradizionale d'insegnamento, possono essere interpretati – questo è almeno l'auspicio – come i segni che annunciano, dopo tanti tentativi falliti, una vera e propria rivoluzione del modo di concepire la formazione del giurista.

A onor del vero, si deve aggiungere che la crisi del nostro modello d'insegnamento del diritto è anche l'effetto di un più generale e non meno grave stato di malessere delle nostre università, prese nella morsa di una crescente burocratizzazione che ne appesantisce e rallenta i movimenti, di una cultura della diffidenza che disincentiva iniziative e innovazioni e, *last but not least*, di una costante diminuzione del fondo di finanziamento ordinario che rappresenta, di per sé, un forte ostacolo per qualsiasi seria riforma²⁵. Rispetto a questo scenario sconsolante, è una magra consolazione apprendere che, anche al di là delle Alpi, la situazione è altrettanto preoccupante. In un editoriale di qualche anno fa, pubblicato sulla prestigiosa rivista *Dalloz*, Olivier Beaud ha lanciato un grido d'allarme, denunciando l'«infernale *dégradation*» delle università francesi che verserebbero ormai «dans un état très critique»²⁶.

Se si tende l'orecchio verso il mondo delle professioni, le critiche nei confronti dell'insegnamento universitario del diritto sono ancora più pesanti. Sono critiche, beninteso, che vengono da lontano. Già all'inizio del secolo scorso, Vittorio Scialoja notava che

²² ROSELLI 2005, 20 e 22.

²³ ROSELLI 2012.

²⁴ ROSELLI 2005, 24.

²⁵ V. il rapporto della Fondazione RES, VIESTI 2016.

²⁶ BEAUD 2015, 2177.

«da tutte le parti noi sentiamo gravi lamenti sulle condizioni attuali di coloro che escono dalle università, e specialmente di coloro che escono dalla facoltà giuridica. Se voi leggete [...] le relazioni delle commissioni esaminatrici dei concorsi per l'ammissione alla carriera giuridica, trovate ripetuti ogni anno i lamenti circa la deficienza della preparazione dei candidati».

E tali lamenti si estendono «in generale alle condizioni di tutti coloro che appartengono alle diverse professioni giudiziarie, forensi o amministrative»²⁷.

E tuttavia, da qualche anno in qua, le critiche dei pratici, e specialmente degli avvocati, sono diventate più dure e perentorie. In un articolo il cui titolo non lascia spazio al dubbio («Remettre la faculté de droit au service de la profession d'avocat»), Thierry Wickers, presidente emerito del «Conseil national des barreaux», dopo aver ricordato «le peu de cas dans lequel sont tenues les études de droit, considérées comme trop dogmatiques et éloignées de la réalité» e constatando il perdurante immobilismo dei professori, propone la seguente, drastica, soluzione al problema dell'«insatisfaction permanente de la profession d'avocat à l'égard de la formation initiale de ses membres»: «imposer aux universitaires la révolution qu'ils refusent, en les contraignant à assurer un enseignement conforme aux besoins de la profession»²⁸.

Se è del tutto evidente che la soluzione dei problemi dell'insegnamento del diritto non possa venire dai *diktat* del mondo delle professioni le cui attese, del resto, come osserva Christophe Jamin, sono molto varie – tante sono infatti le figure dei giuristi pratici – e mutevoli, evolvendo in funzione delle trasformazioni dell'esperienza giuridica²⁹, è altrettanto evidente che, se dovesse persistere questa sordità dell'università nei confronti di quel mondo e, ancor prima, nei confronti delle sfide che ci vengono dalle trasformazioni del diritto e della società, la marginalizzazione degli studi giuridici, già all'opera, finirà per assumere dimensioni inquietanti.

Come ci ricorda, con la solita chiarezza, Thierry Wickers nel testo sopra citato,

«s'il fût une époque où [...] on se devait d'avoir “fait son droit” avant d'entrer dans le commerce et l'industrie, ces temps sont bien révolus. Les écoles de commerce n'ont rien à craindre de la concurrence des facultés de droit. Et c'est plutôt le mouvement inverse qui se dessine, puisque les grands cabinets d'avocats sont devenus friands de *curriculum vitae* mentionnant le passage par l'une de ces écoles, où l'on apprend aussi le droit mais pas avec les mêmes professeurs, ni de la même façon»³⁰.

In Francia, dove le facoltà giuridiche da tempo hanno perso il monopolio della formazione del giurista, oltre alla concorrenza, cui accennava Wickers, delle «grandes écoles de commerce»³¹ – e del binomio Sciences Po³² e ENA, al quale, a partire dalla creazione, nel 1945, dell'École Nationale

²⁷ SCIALOJA 1936, 205.

²⁸ WICKERS 2012, 2647 e 2642.

²⁹ JAMIN 2012, 141.

³⁰ WICKERS 2012, 2642.

³¹ Sul ruolo di queste scuole nel mercato francese della formazione giuridica, v. BILAND 2013, 49-65.

³² L'istituzione nel 1872 dell'École libre des sciences politiques (Sciences Po) viene fatta risalire, dal suo fondatore Émile Boutmy, all'inadeguatezza dei programmi e della metodologia delle “Facultés de droit” per la formazione dell'alta funzione pubblica francese. Come ricorda Jean-Jacques Gleizal, per Boutmy le facoltà avrebbero il torto «d'avoir des programmes trop rigides et insuffisamment variés». Ma la critica più severa attiene ai metodi di lavoro e al loro «esprit». Qual è, si chiede Boutmy, il tipo di sapere che si insegna nelle facoltà giuridiche?: «Propositions abstraites, subtiles interprétations verbales, déductions fortement enchaînées, simplifications parfois excessives, conclusions toujours catégoriques, voilà dans quelle fréquentation de tous les instants l'intelligence apprend et aime à se mouvoir. L'esprit de géométrie, au sens où l'entendait Pascal, devient sa règle». Insomma, conclude Gleizal, per Boutmy il giurista che esce dalle facoltà «n'est pas apte à saisir la complexité, les mutations des réalités politiques, administratives, économiques et financières qui constituent la matière des sciences de l'État» (GLEIZAL 1978, 92 (la citazione di Boutmy, ricordata da Gleizal, è tratta da un articolo intitolato «Des rapports et des limites des études juridiques et des études politiques», in *Revue internationale de l'enseignement*, 1889).

d'Administration, è stata affidata la formazione dell'alta funzione pubblica francese, «au point qu'aujourd'hui un nombre important des membres du Conseil d'État [...] n'a jamais vraiment fréquenté les facultés de droit»³³ – si è aggiunta, recentemente, la concorrenza dell'École de droit di Sciences Po. Frutto di un progetto particolarmente innovativo, che si ispira al modello americano delle *law schools*, cui accedono, com'è noto, studenti già in possesso di una laurea di primo livello in un'altra disciplina, la Scuola ottenne dal ministero della giustizia, nel settembre del 2007, l'autorizzazione a rilasciare diplomi (nei suoi due master biennali in “*carrières juridiques et judiciaires*” et “*droit économique*”) che consentono ai suoi laureati di accedere all'esame per entrare nei «centres régionaux de formation professionnelle des avocats». Com'era prevedibile, questa irruzione di Sciences Po sul mercato parigino della formazione giuridica ha provocato una reazione feroce da parte delle facoltà, che, fino ad allora, avevano conservato il monopolio della formazione dei futuri avvocati, l'ultimo monopolio rimasto in Francia alle facoltà giuridiche, non essendo necessaria una laurea in giurisprudenza per accedere all'École Nationale de la Magistrature³⁴.

In Italia, dove, per il momento, l'accesso alle carriere forensi continua ad essere riservato ai possessori di una laurea magistrale (quinquennale) in giurisprudenza, il malessere di cui soffrono gli studi giuridici si manifesta, in modo particolare, nella forte diminuzione del numero delle immatricolazioni, che, in meno di dieci anni, si è ridotto, a livello nazionale, di più di un terzo³⁵. Questa forte contrazione delle iscrizioni, che non ha eguali negli altri paesi europei (in Francia, ad esempio, il problema è opposto, quello di dover gestire un numero di studenti in costante crescita), è il segno più evidente del forte indebolimento del prestigio e dell'attrattiva di cui questi studi, fino a un recente passato, hanno sempre goduto in Italia e ciò malgrado le ricorrenti critiche che si sono susseguite, come si è visto, durante tutto il secolo scorso. Sebbene le ragioni di questo preoccupante fenomeno siano diverse – l'onda lunga della crisi del 2008, cui si aggiunge, ora, l'impovertimento causato dalla pandemia di COVID-19; la saturazione della professione di avvocato; la contrazione delle assunzioni della pubblica amministrazione; il calo del prestigio sociale della figura del giurista a vantaggio di altre figure professionali – non v'è dubbio che una delle ragioni principali della perdita di *appeal* degli studi giuridici vada individuata nella sempre più vistosa inadeguatezza del modello educativo; un modello che le ultime riforme hanno addirittura peggiorato, allungando di un anno il ciclo di studi senza un effettivo guadagno in termini formativi (in Francia, ad esempio, quattro anni sono sufficienti per accedere ai concorsi per le carriere forensi) e accrescendo il tasso di rigidità del sistema che impedisce di diversificare i percorsi e di incidere significativamente sull'organizzazione e sui contenuti della didattica³⁶.

³³ JAMIN 2012, 74.

³⁴ La durezza di questa reazione (che ha dato origine, tra l'altro, a diversi ricorsi al Consiglio di Stato, tutti rigettati e a due petizioni: la prima firmata da più di 400 professori e «*maîtres de conférences*», la seconda dalla quasi totalità dei direttori degli Instituts d'Études Judiciaires che si occupano della preparazione dei giovani laureati all'esame d'avvocato e al concorso per l'ENM) è ricordata dal suo direttore JAMIN 2010, 125-136. I capi d'accusa erano sostanzialmente due. Innanzitutto, la concorrenza sleale di Sciences Po, una “*grande école*” che, com'è noto, gode di notevole prestigio, di ampie libertà, di privilegi e di cospicui finanziamenti e che, per queste sue caratteristiche, avrebbe finito per svuotare «*les facultés de droit de leurs meilleurs étudiants*» condannandole alla sola «*gestion des masses*». La seconda accusa atteneva all'impossibilità di formare dei buoni giuristi in soli due anni, contro i quattro delle facoltà (il quinto anno delle facoltà – *Mastère 2* – non è necessario per accedere ai concorsi delle professioni forensi). Rispetto a quest'ultimo argomento, Jamin osserva che la questione della durata degli studi nasconde una ragione più profonda, legata alla concezione del diritto radicata nella mentalità della gran parte dei professori delle facoltà giuridiche francesi. Siccome il diritto, secondo questa concezione “*dottrinarica*” (sistemica e dogmatica), sarebbe una «*totalité dont il faudrait idéalement maîtriser à peu près tous les aspects pour être en mesure de se prévaloir précisément du titre de juriste*», due anni di studi giuridici sarebbero troppo pochi per trasmettere agli studenti questa totalità (p. 128 e 132). Ben diversa è invece la concezione del diritto (pragmatica e interdisciplinare) che ha ispirato il modello dell'École de droit di Sciences Po.

³⁵ V., in proposito, CASO 2016.

³⁶ Una chiara e approfondita illustrazione delle varie tappe dell'evoluzione normativa che ha coinvolto la formazione dei giuristi in Italia (dal 1969 al 2014) ci è fornita da PADOA SCHIOPPA 2014, in una ricca silloge dei vari con-

4. *Un modello che soffre sia sul versante teorico sia sul versante pratico*

In mancanza di un autentico rinnovamento, gli studi giuridici, oltre ad essere sempre più marginalizzati, cesseranno definitivamente di svolgere la fondamentale funzione sociale cui sono chiamati. Assicurare, da una parte, un'autentica educazione scientifica capace di formare giuristi «liberi» e «responsabili», come si legge nel titolo del Manifesto dell'Université Saint-Louis di Bruxelles³⁷. Formare, cioè, come sostiene Pierre Legrand, dei «*penseurs de la chose juridique*»³⁸, consapevoli delle conseguenze e delle responsabilità sociali, etiche, politiche, economiche che il lavoro del giurista porta necessariamente con sé. Fornire, dall'altra parte, le competenze utili per affrontare le sfide che provengono dal mondo, sempre più diversificato, dei mestieri del diritto, con la consapevolezza che lo strumento migliore per la realizzazione di questo obiettivo è il compimento della sua prima missione: assicurare, appunto, una formazione scientifica esigente, puntare all'«*éducation supérieure des esprits*», come affermava nel 1902 Raymond Saleilles, per il quale «*tout enseignement supérieur*» deve contribuer «*à faire l'éducation intellectuelle, scientifique et morale, des générations auxquelles il s'adresse: c'est l'honneur, comme la responsabilité redoutable, du professorat; nous ne pouvons nous y soustraire*»³⁹.

Allo stesso modo, Uberto Scarpelli, nella già ricordata relazione del 1967, di fronte all'antico dilemma se all'insegnamento del diritto nelle facoltà di giurisprudenza si debba dare un'impostazione di fondo scientifica o pratico-professionale, propendeva nettamente per la prima soluzione, osservando che non si addice all'università il compito di «*procurare immediatamente specifiche abilità professionali*»; ad esse spetta piuttosto il compito di

«*produrre intelletti scientificamente allenati e capaci di acquisire e modificare abilità professionali: che è poi, fra l'altro, il solo modo per procurare le abilità professionali occorrenti in diversi ruoli oggi e nel futuro, non essendo possibile coprire nell'insegnamento la gamma troppo vasta delle specifiche abilità professionali e prevedere con sicurezza le abilità professionali che le trasformazioni sociali richiederanno agli studenti di ora fra un po' di anni o qualche decennio*».

Data la rapidità dei mutamenti del diritto e della società,

«*dei buoni pratici rimarrebbero presto indietro al tempo e non sarebbero più nemmeno dei buoni pratici; soltanto giuristi educati nel rigore ed insieme nell'apertura, adattabilità, elasticità della scienza potranno, attraversando e superando la crisi, far fronte ai compiti che il tempo pone loro*»⁴⁰.

Rispetto a questo duplice obiettivo, scientifico e pratico, il nostro modello formativo – che malgrado alcune innovazioni pedagogiche è rimasto fondamentalmente dottrinale e «*descrittivo*»⁴¹ – è forte-

tributi sul tema pubblicati dall'Autore a partire dal 1977. Nell'introduzione del 2014, significativamente intitolata «Un percorso incompiuto», auspicava lo «sfrondamento quantitativo dei crediti delle materie obbligatorie senza sacrificarne alcuna», «l'abbreviazione di almeno un anno dei tempi necessari per l'accesso alle professioni legali» e, soprattutto, «la coerente adozione di moduli interattivi e seminariali per la fase avanzata del ciclo di studi: il che implica una serie di mutamenti sostanziali della didattica». Essi, aggiungeva, «non si conseguono per decreto ma piuttosto per altre vie, con un impegno personale accresciuto e per progressiva assimilazione da parte dei nuovi docenti. Ed in tempi non brevi» (p. 17).

³⁷ AA.VV. 2016, 169-175.

³⁸ LEGRAND 1998, 300. Legrand prosegue dicendo che solo questi giuristi sapranno «*se livrer aux investigations audacieuses, aux recensements téméraires, aux recoupement inattendus dont on espère qu'ils favoriseront une justice mieux ressentie laquelle dépend, avant tout, rappelons-le, de l'étoffe du savoir dont sont imbus ceux qui prétendent la pratiquer*».

³⁹ SALEILLES 1902, 316 e 320.

⁴⁰ SCARPELLI 1968, 22-23.

mente carente. Ancora una volta, la denuncia di questa inadeguatezza è risalente. Risuonò, già alla fine del XIX secolo, nelle pagine di Léon Duguit⁴² e sarà ripresa periodicamente durante tutto il secolo scorso, a partire dalla già ricordata conferenza di Vittorio Scialoja⁴³. Non ci stupisce di ritrovarla, alla fine degli anni Settanta, nel saggio-manifesto di un movimento, “Critique du droit”, particolarmente severo nei confronti della cultura giuridica francese dell’epoca e, conseguentemente, del modello tradizionale di formazione giuridica. L’insegnamento universitario, si legge,

«a un double objectif: préparer les étudiants à affronter la vie professionnelle et leur donner une formation générale s’appuyant sur les connaissances scientifiques les plus récentes. Or l’enseignement qui est dispensé dans les ex-facultés de droit ne satisfait à aucune de ces exigences. D’une part, il est inadapté à la pratique; d’autre part, il est loin de refléter l’état des recherches en sciences sociales»⁴⁴.

Di recente, il tema è stato ripreso da Christophe Jamin che lo riassume con particolare efficacia. Compito degli studi giuridici, osserva il direttore dell’École de droit di Sciences Po, è di fare «de la théorie au sens le plus exigeant du terme, d’un côté, et de la pratique au sens le plus concret du terme, de l’autre». Della teoria,

«parce qu’il est plus facile d’acquérir les modes de raisonnement et les logiques à l’œuvre dans la réflexion juridique quand on en connaît l’histoire ou les prémisses philosophiques, et parce qu’un enseignement du droit propre à former des praticiens gagne à utiliser les outils des sciences sociales, économiques ou politiques». Della pratica, «parce que ces futurs praticiens (mais aussi ceux qui ont vocation à devenir des universitaires) doivent être au plus vite amenés à se plonger dans des situations réelles, vraies, complexes».

A tal fine, oltre ad assicurare l’«intervention massive de praticiens»⁴⁵, occorre puntare, da un lato, su metodi interattivi e casistici⁴⁶, recuperando la tradizione medievale delle *disputationes*⁴⁷, all’origine delle *moot courts* anglosassoni⁴⁸, che introducono lo studente alla dimensione procedurale e controversiale del diritto, e, dall’altro lato, si deve incoraggiare la pratica, che in questi ultimi anni si va diffondendo sempre di più nei paesi di *civil law*, delle cliniche legali, che immer-

⁴¹ GLEIZAL 1978, 82. Gleizal fa l’esempio dell’insegnamento del diritto amministrativo: «Les diverses institutions – l’État, les collectivités locales, les établissements publics – sont décrites successivement et de façon minutieuse. Seulement rien n’est dit sur les raisons de la création des institutions ni sur les rapports – autres que juridiques – qui peuvent exister entre elles». Il divario «entre les études juridiques et l’état actuel des sciences sociales est grave en lui-même. Il fait que malheureusement l’esprit – scientifique – ne souffle que très rarement dans les ex-facultés de droit. Mais ce décalage est surtout condamnable par ses conséquences. La plus importante est qu’il interdit à l’enseignement du droit de saisir les réalités sociales. Celles-ci sont complexes et évolutives. Or elles ne peuvent être appréhendées par des disciplines compartimentées et descriptives. Coupée de la réalité, la formation juridique française ne peut ainsi satisfaire les besoins profonds de la société. Que les juristes ne s’étonnent pas d’être méconnus et incompris» (p. 82-83).

⁴² DUGUIT 1888, 154.

⁴³ SCIALOJA 1936, 210: «L’attuale università non ha un sufficiente carattere scientifico da una parte, e dall’altra trascura nell’insegnamento del diritto quella parte della scienza che si riconnette più direttamente alla pratica».

⁴⁴ GLEIZAL 1978, 78.

⁴⁵ JAMIN 2010, 135.

⁴⁶ V., in merito, LARROSA 2011, 57-81 e TREGGIARI 2018, 73-84.

⁴⁷ In maniera generale, si può definire il metodo delle *disputationes* come «l’examen d’une question douteuse par le moyen d’une discussion du pour et du contre, appuyée sur des autorités contradictoires et tranchée par une détermination magistrale» (così FRYDMAN 2005, 187). Tale metodo, adottato da tutte le facoltà medievali, si componeva dei seguenti elementi: titolo (o esordio), caso (reale o fittizio e non sempre presente), *quaestio* in senso stretto (la formulazione dell’interrogativo), discussione e soluzione. V., in proposito, KANTOROWICZ 1938, 1-67.

⁴⁸ Le *moot courts*, eredi delle *disputationes* medievali, erano una delle due attività principali degli *Inns of Courts* londinesi (l’altra era rappresentata dai *readings*). Si trattava di un processo simulato relativo a un caso concreto, fittizio o reale (sulla storia di questo metodo d’insegnamento, v. HOLDSWORTH 1971, 481 s.).

gono gli studenti in problemi giuridici reali, obbligandoli a confrontarsi con operatori giuridici e attori della società civile⁴⁹.

5. Le critiche al metodo delle lezioni ex cathedra

Com'è noto, il principale bersaglio delle critiche al nostro modello formativo è rappresentato dal corso magistrale, quelle lezioni *ex cathedra* che Vittorio Scialoja chiamava «predicazioni», una liturgia che

«il più delle volte è perfettamente inutile [...] e gli studenti nostri lo sanno e ve lo dimostrano nel modo più evidente ed offensivo: col non venire alle nostre lezioni; ed hanno perfettamente ragione. A che serve questa nostra predicazione quando ciò che diciamo si può leggere nei libri?».

Se tutto si dovesse ridurre a questo tipo di lezioni, prosegue Scialoja, «sarebbe meglio abolire l'insegnamento universitario». Ciò non significa «che l'insegnamento non sia necessario, ma significa che deve essere riformato nel senso che bisogna insegnare veramente e non fare queste finzioni che facciamo». E conclude dicendo che è questo il difetto più grave del nostro modello d'insegnamento: «Tutto il resto è accessorio; non trascurabile, ma accessorio; si potrà studiare il miglioramento del piano dei nostri studi, si potranno fare mille ritocchi utili, ma tutto sarà vano senza avere risolto questa prima questione»⁵⁰.

Quarantadue anni dopo, nel momento in cui si cominciava a sperimentare la riforma francese del 1954 che aveva reso obbligatori i «travaux dirigés» per le materie principali, le stesse critiche verranno riproposte da Walter Bigiavi: «Gli studi giuridici così come sono ora congegnati, almeno da noi e in Francia (anche ora), non vanno assolutamente: la lezione cattedratica serve molto poco, tant'è vero che la gran massa degli studenti non le ascolta»⁵¹.

Analoghe censure vengono formulate l'anno successivo da Mauro Cappelletti che propone, come esempio da imitare, il modello tedesco e, in particolare, due metodi alternativi alle lezioni *ex cathedra*: le *Übungen*, esercitazioni collegate

«a vari lavori scritti oltreché a continue discussioni orali su “casi”, discussioni alle quali lo studente deve partecipare attivamente», e i seminari, dove, negli ultimi semestri dei suoi studi accademici, «lo studente serio e dotato per le ricerche scientifiche» presenta una «relazione» su una «originale ricerca scientifica», realizzata sotto la direzione del docente e in presenza degli altri «seminaristi» che sono «sempre invitati a fare osservazioni e obiezioni». Queste relazioni, osserva Cappelletti, «danno prova assai spesso di una diligenza e penetrazione di indagini tali da sbalordire chi è abituato a leggere le tesi di laurea delle nostre Università: il che è ben comprensibile a chi pensi come la nostra tesi di laurea sia il frutto di quattro o più anni di un apprendimento passivo e meccanico, non creativo ed autonomo (e come tale veramente scientifico)»⁵².

⁴⁹ Le *legal clinics*, che in questi ultimi anni hanno suscitato un interesse crescente nelle facoltà giuridiche europee (v., ad esempio, BLOCH 2011, AUREY 2015 e, per l'Italia, MAESTRONI, BRAMBILLA, CARRER 2018), sono, com'è noto, un prodotto della *legal education* americana e, in particolare, del movimento realista degli anni Trenta (v., per tutti, FRANK 1933, 907 s.). A questo innovativo metodo didattico la rivista «Questione giustizia» ha di recente dedicato un «obiettivo» (MINNITI, SPINA 2019).

⁵⁰ SCIALOJA 1936, 213-214.

⁵¹ BIGIAVI 1956, 131.

⁵² CAPPELLETTI 1957, 101-103. Sul modello tedesco di insegnamento del diritto, che non punta tanto sul “sapere” (la conoscenza accurata del diritto positivo) ma sul “saper fare” (la capacità di applicare la norma al caso concreto, capacità che viene valutata in sede di esame, dove le prove, siano esse scritte o orali, sono quasi sempre formulate sotto forma di casi pratici), v. LEHMANN 2016, 174-177.

Più recentemente, in un pungente articolo dedicato a fare il bilancio dello stato di salute dell'insegnamento del diritto in Francia⁵³, Olivier Moréteau ci restituisce un ritratto impietoso, ma assai realistico, della pratica del corso magistrale:

«Un professeur est assis à la chaire et lit des notes posées devant lui. Il parle lentement, répète ses phrases, en utilisant les mêmes mots s'il est un "bon prof" qui a compris que le cours sera mieux su à l'examen s'il est "facile à prendre" et donc à apprendre. Parfois, l'étudiant a la chance d'assister à un *one (wo)man show* d'une qualité exceptionnelle, quand il est en présence d'une de ces stars des amphes capable de communiquer en même temps un savoir lumineux et la passion d'apprendre. [...] Mais trop souvent, le professeur dit son texte sur un ton plus au moins monocorde, au rythme de la dictée. [...] Les étudiants écrivent tout et ils changent de couleur ou soulignent pour noter les titres des parties, titres, chapitres, sections, paragraphes, I, A, 1°, a, a... Car la construction du cours est un édifice d'une hauteur vertigineuse, s'étirant facilement sur dix à quinze niveaux de subdivisions».

Come spiegare, si chiede Moréteau, che gli studenti restino «aussi fidèles à la dictée? Je dis bien la plupart d'entre eux, car j'ai pour ma part "séché" nombre de cours durant mes études, là où je ne voyais pas de valeur ajoutée par rapport à la lecture d'un texte imprimé». Ecco la sua risposta:

«L'étudiant veut être sûr de pouvoir, le jour de l'examen, restituer "la voix de son maître". La curiosité de l'étudiant moyen, quand elle n'est pas stimulée par la pédagogie (terme dont certains de mes collègues disent sans honte qu'il n'a pas sa place à l'université), laisse souvent la place à une stratégie débrouillarde. [...] La phrase "avec ce prof, si tu ne récites pas exactement son cours, c'est le carton assuré" est hélas trop souvent vérifiée. Quand la sécurité du parcours universitaire rejoint la paresse intellectuelle, il faut être un inconscient, une tête brûlée ou un chercheur en herbe pour aller trouver son savoir en dehors des notes prises à la dictée dans un amphis souvent bondé»⁵⁴.

In presenza di critiche così dure e ricorrenti sembrerebbe che l'unica soluzione davvero risolutiva sia quella di sopprimere, *sic et simpliciter*, le lezioni cattedratiche.

Questa prima reazione, però, non coglie il cuore del problema che non è rappresentato dal metodo d'insegnamento in sé (che, anzi, secondo alcuni, avrebbe non pochi aspetti positivi, oggi più che in passato)⁵⁵, ma dal modo in cui è impiegato e dall'assenza – o dalla marginalità – di metodi didattici alternativi del tipo di quelli che avevano suscitato l'ammirazione di Cappelletti. Come osserva giustamente Jean-Jacques Gleizal, il portavoce del movimento antiformalista "Critique du droit" sul tema dell'insegnamento, «en lui-même, le cours magistral n'a rien de critiquable. Bien fait il peut permettre à l'étudiant de gagner du temps et de saisir des mécanismes que la lecture des ouvrages ne lui aurait peut-être pas révélés». E tuttavia, precisa, nelle facoltà di giurisprudenza il corso magistrale

«n'est pas une technique d'enseignement parmi d'autres. Il est l'institution pédagogique centrale. Les travaux dirigés lui sont subordonnés. Aussi le rapport maître-élève est-il, de façon dominante, unilatéral. Le maître est actif, mais l'élève passif. L'étudiant en droit n'est guère préparé à affronter les

⁵³ Un giudizio particolarmente severo dell'insegnamento del diritto in Francia ci viene, di recente, da DANET 2018, 87-100.

⁵⁴ MORÉTEAU 2006, 285-287.

⁵⁵ In questo senso, v. il già ricordato «Manifeste pour la formation en droit», dell'Università Saint-Louis di Bruxelles: «Aujourd'hui décrié et abandonné dans des établissements aux filières sélectives, l'enseignement *ex cathedra* est incontournable dans notre réalité institutionnelle. Il ne doit toutefois pas être vécu comme une fatalité. Pratiqué face à des auditoires d'une taille raisonnable, nous sommes convaincus des vertus d'un tel enseignement qui, dans une société de l'information immédiate, brève et ludique, renforce les capacités d'écoute, d'attention, de compréhension et de synthèse de l'étudiant en droit» (AA.VV. 2016, 169).

problèmes et à prendre des responsabilités».

Alle critiche rivolte al metodo delle lezioni *ex cathedra*, così com'era praticato alla fine degli anni Settanta in Francia e com'è ancora in gran parte praticato oggi, Gleizal associa un'altra istituzione fondamentale del nostro sistema universitario, strettamente connessa a quel metodo: il manuale. Questi strumenti didattici che servono da supporto al corso magistrale (e che, non a caso, non vengono utilizzati nelle *law schools* americane)⁵⁶

«ne font qu'aggraver les lacunes de celui-ci. Les manuels de droit ont en effet, dans leur immense majorité, été rédigés par des positivistes, c'est-à-dire par des juristes empiristes privilégiant la description du système juridique. Leur fréquentation va, par conséquent, amener l'étudiant à accumuler des connaissances et à se maintenir dans cette position de "reception passive" à laquelle le cours l'a habitué»⁵⁷.

6. I presupposti teorici del modello tradizionale d'insegnamento del diritto

Contenuti, metodi, strumenti e finalità dell'insegnamento del diritto sono la conseguenza delle premesse teoriche e dell'immaginario del paradigma scientifico dominante che, secondo Thomas Kuhn, fornisce «per un certo periodo, [...] un modello di problemi e soluzioni accettabili a coloro che praticano un certo campo di ricerca»⁵⁸.

Come si è già accennato, le critiche che si sono succedute durante tutto il secolo scorso al nostro modello d'insegnamento erano la conseguenza delle critiche che una parte assolutamente minoritaria di giuristi, particolarmente attenti ai nuovi fermenti sociali e alle nuove sollecitazioni teoriche, muoveva al paradigma dominante. A ogni tentativo di rivoluzione scientifica, il modello di formazione giuridica veniva contestato. Si può dunque sostenere che la storia novecentesca dei tentativi di cambiare i metodi e i contenuti dell'insegnamento del diritto sia anche la storia dei tentativi, mai coronati da successo, di realizzare una rivoluzione scientifica⁵⁹. In altri termini, un nuovo modello di educazione giuridica non potrà mai affermarsi e consolidarsi fintanto che una rivoluzione scientifica non giunga a compimento, inaugurando una nuova fase di «scienza normale» (quella che viene celebrata nel «diritto dei manuali» e diffusa nelle aule universitarie). Dato lo stretto legame tra paradigma scientifico e modello formativo (che tra tutti gli elementi del paradigma è quello più resistente al cambiamento) e vista la particolare attenzione, in questi ultimi anni, per il tema della riforma dell'insegnamento del diritto, è lecito ipotizzare che il paradigma che si è affermato nell'Europa continentale in seguito alla rivoluzione scientifica moderna sia giunto alla sua fase terminale.

Contestato già alla fine del XIX secolo e rifiutato nel secondo dopoguerra da quei giuristi che riscoprirono la tradizione aristotelica della filosofia pratica (la topica di Vieweg, la «nuova retorica» di Perelman, l'ermeneutica giuridica gadameriana...) – riuscendo in tal modo a comprende-

⁵⁶ Per una proposta controcorrente (definita «populista» dal suo stesso autore) di affiancare un manuale (*textbook*) al tradizionale *casebook*, v. JOHNSON 2010, 41-59.

⁵⁷ GLEIZAL 1978, 79-80.

⁵⁸ KUHN 1999, 10.

⁵⁹ Sul tentativo, nella Francia dell'inizio del secolo scorso, di una «science du dehors» e sul ritorno di una «science du dedans», v. JAMIN 2012, 42-64. Quanto all'Italia, v. ORESTANO 2008, 138-146, che insiste sulle «conseguenze nefaste» dell'entusiastica adozione, tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo, da parte della scienza giuridica italiana, del «concettualismo sempre più spinto» e del «formalismo sempre più rarefatto» della «pandettistica tedesca». Fra le «poste passive del bilancio», osserva Orestano, «va compreso in primo luogo il soffocamento, sul nascere, di quella serie di vie nuove verso cui la scienza italiana del diritto avrebbe potuto indirizzarsi e non si è indirizzata» (pp. 138-139).

re il significato autentico del nuovo stato costituzionale di diritto –⁶⁰ il paradigma giuridico moderno affonda le sue radici nella «*nova methodus*» dell’umanesimo giuridico (XVI secolo) e poggia, in estrema sintesi, su due pilastri⁶¹.

Il primo, fondamentale, è il risultato dell’adozione – per ragioni che qui non si possono richiamare – del metodo descrittivo, veritativo e oggettivante delle scienze che Aristotele chiamava «teoretiche» (la matematica e le scienze della natura). Questa “rottura epistemologica”, preparata dall’umanesimo e portata a termine dal giusnaturalismo moderno, è all’origine di una profonda trasformazione della concezione dell’essere del diritto. Per gli antichi e i medievali, che si mantennero fedeli all’insegnamento di Aristotele secondo cui il sapere giuridico appartiene alle «scienze pratiche», il diritto era concepito come «azione» (*práxis*). Il fine di tali scienze è l’azione buona, giusta (*eupraxía*). Quest’ultima era concepita come il risultato di un *giusto rapporto* – stabilito dall’*interpretatio* (il cui compito era la riduzione «*de iniquo ad aequum*»⁶²) – tra fatto e diritto e tra “*auctoritas*” e “*ratio*” o, in altre parole, tra la prima dimensione del diritto (il diritto scritto di Creonte) e la seconda dimensione del diritto (il diritto non scritto di Antigone, espressione dei valori fondamentali della società). Coerentemente con queste premesse epistemologiche e ontologiche, la legge, secondo la celebre definizione di Tommaso d’Aquino, era intesa come un *ordine* (nel senso di ordinamento) della *ragione* per il bene comune: «*Quaedam rationis ordinatio ad bonum commune*».

In seguito all’adozione del metodo delle scienze teoretiche, il diritto non viene più concepito come “azione”, come “pratica sociale”, ma, analogamente alle scienze della natura, come una “cosa”, una “sostanza” che, nella fase positivista della modernità (in cui il diritto è ridotto a una sola dimensione, quella potestativa), è creata da un’autorità eminente (il legislatore), applicata fedelmente dal giudice (*dura lex sed lex*) e descritta in modo oggettivo dalla scienza (il dogma dell’avalutatività della scienza giuridica), il cui fine non è più l’azione buona (che presuppone l’idea di una ragione teleologicamente orientata e quella di un sapere che contribuisce alla produzione del suo oggetto), ma la verità, concepita come la perfetta *corrispondenza* tra la cosa diritto e le proposizioni, puramente descrittive e avalutative, dei giuristi.

Il secondo pilastro del paradigma moderno è rappresentato dalla sua *logica dei confini*: confini *geopolitici* (la fine dello *ius commune* per effetto del processo di statualizzazione del diritto, all’origine del moderno diritto internazionale pubblico e privato), *temporali* (il diritto non è più considerato come un processo in costante divenire, come un prodotto della storia delle sue interpretazioni e, quindi, dell’uso che concretamente ne fa una comunità storicamente determinata, ma come il risultato di un atto – istantaneo e autoreferenziale – di *imperium*), *teorici* (l’autonomia del diritto e la purezza della scienza giuridica), *disciplinari* (la *summa divisio* pubblico-privato e l’articolazione del diritto in differenti branche autonome).

Contenuti e metodi d’insegnamento sono coerenti con quelle premesse teoriche: lo studente deve apprendere, fondamentalmente, il sistema giuridico in vigore all’interno del suo Stato, sistema elaborato dalla dottrina e trasmesso *ex cathedra* secondo un’articolata offerta formativa distinta per materie indipendenti. Compito dello studente è apprendere passivamente quel sistema di norme e di elaborazioni dottrinali e restituirlo il più fedelmente possibile all’esame.

7. Quale formazione, per quale diritto e per quale giurista?

Profondamente radicato nella mentalità dei giuristi di *civil law*, questo paradigma, malgrado tutti i cambiamenti che sono intervenuti nella società, nel diritto e nella riflessione teorica, ha fornito una legittimazione scientifica al nostro modello di educazione giuridica durante tutto il secolo scorso,

⁶⁰ V., in proposito, VOGLIOTTI 2019, 66-75.

⁶¹ Sulle caratteristiche del paradigma giuridico moderno, sulla sua formazione e sulla sua crisi, v. VOGLIOTTI 2007.

⁶² *Placentini Summa Codicis*, Moguntiae 1536, citata da GROSSI 1995, 169.

stabilendo, implicitamente, le caratteristiche che dovrebbe avere un “buon giurista”. Come osserva, infatti, Jacques Chevallier, la figura del buon giurista non si può definire in astratto: a parte alcuni tratti comuni, essa si definisce rispetto «à un lieu et à un temps donnés»⁶³, cioè alla luce di un dato paradigma scientifico che è sempre storicamente e geograficamente determinato.

In un mondo come il nostro, caratterizzato dalle migrazioni di massa e dal multiculturalismo, dalla «società del rischio»⁶⁴ e dai cambiamenti climatici, dalla rivoluzione digitale e dalla quarta rivoluzione industriale, dal potere del capitalismo finanziario e dall'aumento delle diseguaglianze sociali, dai «big data» e dalla «gouvernance par les nombres»⁶⁵, l'immagine del buon giurista – e, di conseguenza, l'idea di che cosa sia un buon modello di formazione giuridica – non possono che essere radicalmente diverse da quelle che si sono imposte nel corso del XIX secolo.

Sul fronte dell'esperienza giuridica, le trasformazioni non sono meno importanti. In particolare, il sistema delle fonti, che fino alla metà del secolo scorso si poteva ancora rappresentare con la metafora della piramide kelseniana, è stato travolto dai processi di costituzionalizzazione, di europeizzazione e di globalizzazione del diritto. La profondità di queste trasformazioni dell'ambiente giuridico ha spinto alcuni giuristi a proporre la metafora della “rete”⁶⁶ per esprimere, soprattutto, l'idea della centralità della nozione di “relazione”. Questa rappresentazione del diritto come una rete di relazioni pone al centro dell'esperienza giuridica la figura del giurista-interprete, colui che, sollecitato da casi problematici, è chiamato a «tessere»⁶⁷ le relazioni tra i diversi materiali giuridici d'origine infranazionale, nazionale, internazionale, sovranazionale e transnazionale⁶⁸, al fine di *costruire* la soluzione giuridica più appropriata al fatto (ossia più ragionevole, proporzionata, giusta) e di assicurare un certo ordine nell'attuale multiverso giuridico⁶⁹.

È evidente che questa trasformazione radicale dell'esperienza giuridica e del ruolo del giurista richiede un modello formativo totalmente diverso da quello che era stato concepito quando la legge dello Stato era al centro dell'universo giuridico e la funzione del giurista ruotava interamente intorno a quella. In quell'universo, estremamente semplificato, il compito del giurista si riduceva essenzialmente a questo: assicurare, attraverso il principio di legalità, la supremazia della legge nell'ordine giuridico interno e preservare l'integrità del suo significato tramite l'ideologia del giudice bocca della legge e il dogma dell'avalutatività della scienza giuridica.

E tuttavia, l'immagine del buon giurista (e, conseguentemente, il modello di formazione giuridica) non dipendono soltanto da queste due variabili spazio-temporali. A esse occorre aggiungere un'altra di ordine *assiologico* che risponde alla seguente domanda: quale giurista vogliamo formare?

È una domanda, questa, fondamentale e ineludibile. In ambito giuridico, essere e dover essere sono intimamente collegati. La concezione e la vita stessa del diritto dipendono, in fondo, da ciò che *noi vogliamo, in quanto giuristi, che il diritto sia*. Nel diritto, ci avvertiva già Raymond Saleilles, «il n'y a de neutralité nulle part». E, un po' più avanti, aggiungeva che «la neutralité des méthodes n'exist[e] pas, dans l'enseignement du droit pas plus qu'ailleurs, et que, quoi qu'on fasse, du moment que l'on fait de la science sociale, on fait de l'éducation intellectuelle, on part d'une conception initiale de la vie, exprimée ou latente, et on en déduit des applications concordantes en matière juridique»⁷⁰.

⁶³ CHEVALLIER 2018, 56.

⁶⁴ BECK 2000.

⁶⁵ SUPIOT 2015.

⁶⁶ V., in particolare, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2002.

⁶⁷ Per l'immagine del giurista «tessitore», contrapposta alla moderna figura del giurista «recettore» di “sostanze normative”, v. VOGLIOTTI 2007, 301-305.

⁶⁸ Su questa complessa topologia giuridica, tipica dell'esperienza giuridica contemporanea, v. FERRARESE 2006.

⁶⁹ Sul ruolo che svolgono i «Grandi Tribunali» nazionali, internazionali e sovranazionali nell'assicurare un qualche ordine nella Babele del diritto contemporaneo, v. CASSESE 2009.

⁷⁰ SALEILLES 1902, 319-320.

La scelta del modello educativo non è dunque né eticamente né politicamente neutra⁷¹. Torna allora la domanda: che tipo di giurista vogliamo formare? Un tecnico del diritto, docile strumento nelle mani di vecchi e nuovi “padroni” del diritto, oppure un giurista libero e responsabile, capace sì di tradurre i problemi e i conflitti sociali in un linguaggio giuridico corretto, ma anche e soprattutto consapevole delle conseguenze (e delle responsabilità) sociali, economiche, etiche e politiche delle scelte che il lavoro del giurista necessariamente comporta? Un giurista, in altre parole, «rassegnato alla logica di Humpty Dumpty (per il quale le parole significano ciò che vuole il padrone) oppure un giurista interessato ad allargare il ventaglio delle possibilità e a immaginare alternative»?⁷².

Saleilles non nutriva alcun dubbio su quali dovessero essere le finalità dell’educazione giuridica e, quindi, i suoi metodi e i suoi contenuti. Per prima cosa, bisognava rinunciare definitivamente ai metodi «de logique pure» con i quali gli era stato insegnato il diritto:

«On partait de l’idée très simple, mais très fautive, que la loi étant l’expression d’une volonté collective, la volonté du législateur, il suffisait, pour l’appliquer, d’une recherche de volonté et qu’il n’y avait pour cela qu’à utiliser les procédés de logique déductive qui servent à toute interprétation de volonté. Le juriste élevé à cette école ne s’embarrassait ni d’histoire, ni d’économie politique, ni de droit comparé: un texte, les travaux préparatoires du texte, un bon syllogisme destiné à adapter le texte à l’espèce, et tout le mécanisme des procédés d’investigation juridique était prêt à fonctionner; il n’en fallait pas plus».

Fondati sulla falsa pretesa «à la neutralité économique et philosophique» della scienza giuridica, questi metodi finivano per dare l’impressione non solo dell’«indépendance et du parallélisme des disciplines», ma anche – cosa ancor più grave – dell’«opposition des doctrines; entre la loi et l’équité, le droit et l’économie sociale, il y aura non pas des directions qui s’ignorent, mais des antagonismes latents qui se formuleront dans l’esprit»⁷³.

A questi metodi, che «ont abdiqué leur devoir d’éducation intellectuelle», Saleilles ne oppone un altro fondato su tre idee che esaltano la funzione sociale e morale dei giuristi: «Responsabilité, solidarité et progrès juridique».

La prima idea, quella da cui «tout découle» e che si ispira all’opera-manifesto di Gény, *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif* (1899), trae spunto da quegli orientamenti che tendono a mettere sempre di più

⁷¹ L’assunto vale anche per il modello formativo della più prestigiosa scuola di commercio francese, l’École des hautes études commerciales di Parigi (HEC), e ciò malgrado l’opinione di un suo docente che la presenta come una scuola «sans éthique». Come osservano Émilie Biland e Liora Israël, che hanno raccolto quella battuta, il modello educativo dell’École parigina si fonda su una scelta di valore ben precisa, legata a una visione «instrumentale du droit, qui n’en est pas moins une vision politique» (l’idea del diritto come una «ressource pragmatique pour l’action économique»), la stessa visione che una delle due ricercatrici ha riscontrato nel corso di «diritto dei contratti» tenuto da Christophe Jamin all’École de Droit di Sciences Po. La concezione del diritto che risulta implicitamente dai corsi tenuti in queste “grandes écoles” è quella di uno strumento che deve soddisfare esigenze «à la fois stratégiques et financières. La tecnica giuridica «mise au service de l’économie contribue à la légitimation d’un capitalisme financier dont les finalités ne sont qu’exceptionnellement discutées». Il diritto, si precisa, «ne justifie pas, en lui-même, l’économie financière, il se présente simplement comme une technique utile à celle-ci. C’est bien l’absence d’éthique alternative qui rend ce savoir si facilement adaptable à l’idéologie dominante» (BILAND, ISRAËL 2011, 651 e 656). All’inizio del loro lavoro, Émilie Biland e Liora Israël ricordano una ricerca di Elizabeth Mertz (MERTZ 2017), alla quale si sono ispirate, che propone la tesi secondo cui i corsi delle *law schools* americane «ont avant tout pour objet d’inculquer une manière de penser spécifique, apparemment dépolitisée, abstraite, distincte de la morale, et finalement bien adaptée à l’idéologie capitaliste» (p. 623).

⁷² COSTA 2007, 38-39.

⁷³ SALEILLES 1902, 318-319.

«l'interprétation du droit en contact avec les réalités de la vie et par suite à rétablir la concordance entre la théorie et la pratique, de telle sorte qu'il ne soit plus permis à personne de se désintéresser des résultats de fait d'une doctrine ou d'une solution juridiques. Elle aura pour effet de substituer au scepticisme de la méthode dogmatique le sens de la responsabilité scientifique et morale qui dérive de la méthode sociologique»⁷⁴.

Il sostegno che l'osservazione attenta dei fatti fornisce all'interpretazione giuridica darà «aux esprits que nous essayons de former» – ed è il secondo pilastro sul quale si dovrebbe costruire il nuovo modello d'insegnamento, *rectius*, di *educazione* al diritto – «le sens de la responsabilité sociale, qui doit être le fondement même de toutes les relations juridiques». Al posto di quel

«désintéressement superbe que l'on nous enseignait jadis par rapport aux exigences de l'équité ou par rapport aux résultats des lois sociologiques les mieux définies, nous apprendrons aux jeunes gens qui nous écoutent qu'ils n'ont pas le droit, lorsqu'ils ont à solutionner un problème juridique, d'ignorer les répercussions morales, pratiques et sociales qui peuvent se trouver en jeu».

Perché il giudice non è il «gardien farouche» della legge, ma «l'interprète intelligent, dans le sens des postulats nouveaux d'équité et de justice»⁷⁵.

La terza idea, quella di progresso, è connessa alla sua predilezione per i metodi storico e comparativo e all'atmosfera culturale dell'epoca. Ne deriva una direttiva ermeneutica ben precisa per l'interprete che «doit avoir conscience du devoir qui lui incombe de concourir au progrès du droit et à la construction juridique de l'avenir». Questa costruzione coincide, soprattutto, con il progetto di un «droit commun de l'Europe civilisée», fondato sull'idea di una «solidarité européenne» e su un «idéal commun d'humanité et de justice»⁷⁶. Un progetto o, meglio, un sogno che, nel secondo dopoguerra e specialmente in seguito alla caduta del muro di Berlino, si sperava di poter trasformare in realtà, ma che, in questi ultimi anni, sembra svanire sotto il fuoco incrociato – appena smorzato dalla pandemia in corso – degli egoismi nazionali, della xenofobia, dell'antisemitismo e delle democrazie illiberali.

Cinquant'anni dopo, ritroviamo la stessa tensione etica in un celebre articolo di André Tunc che, fin dal titolo («Sortir du néolithique»), si presenta come un'appassionata perorazione per un rinnovamento profondo della formazione giuridica della sua epoca. Dopo aver ricordato la definizione celsina del diritto come *ars boni et aequi*, il grande civilista e comparatista francese disegna i contorni di un modello d'insegnamento che ponga il futuro giurista di fronte alle sue responsabilità sociali, etiche e politiche. Queste consistono, fondamentalmente, nella diminuzione delle «injustices et des tensions sociales», nell'allestimento di «relations bonnes et justes» e nella volontà di affrontare il terribile problema della guerra «que nous paraissions résignés à voir non résolu et menaçant périodiquement de nous détruire»⁷⁷.

A tal fine, due sono i principali strumenti pedagogici che propone: da una parte, la conoscenza del diritto degli altri paesi e il metodo comparativo (l'apertura al mondo); dall'altra il ricorso alle scienze sociali e l'organizzazione d'«enquêtes sociales» (l'apertura alla società).

Grazie all'allargamento degli orizzonti assicurato dal diritto comparato – che, osserva con rammarico, non figura «dans les programmes actuels»⁷⁸ – gli studenti saranno «“dépaysés”,

⁷⁴ SALEILLES 1902, 319-321.

⁷⁵ SALEILLES 1902, 324-325.

⁷⁶ SALEILLES 1902, 321 e 328.

⁷⁷ TUNC 1957, 71.

⁷⁸ Sono ben note le difficoltà che l'insegnamento del diritto comparato ha incontrato in Europa durante tutto il secolo scorso (v., a questo proposito, il dossier pubblicato nel numero 4 del 1988 della *Revue internationale de droit comparé* e, in particolare, il contributo di BLANC-JOUVAN 1988, 751-763, che, dopo aver redatto «un bilan assez décevant», nota che «le

sauvés du “provincialisme” qui les menace; ils auront appris à connaître d’autres conceptions, à comprendre d’autres peuples». Quanto al contributo delle scienze sociali e, soprattutto, all’istituzione d’inchieste sociali – che andrebbero ad aggiungersi ai «travaux pratiques obligatoires» introdotti dalla riforma del 1954 – si assicurerebbe agli studenti

«une meilleure formation humaine et politique. Connaissant la réalité par expérience directe, il nous semble impossible qu’ils n’en tirent pas à la fois une meilleure aptitude à voir les réformes possibles et utiles et une volonté plus ferme de les réaliser. Comme citoyens, comme chefs d’entreprise, avocats ou magistrats, ils auraient une valeur technique et humaine supérieure à celle des étudiants actuels, trop fermés “dans” nos facultés»⁷⁹.

8. Lo stretto legame tra concezione del diritto e metodi e contenuti dell’insegnamento

La stretta relazione tra metodi e contenuti dell’insegnamento, da un lato, e concezione del diritto e del sapere giuridico, dall’altro, è messa bene in luce da Riccardo Orestano in un articolo del 1975 intitolato *L’educazione giuridica*.

Nell’affrontare il vecchio interrogativo, cui già si è fatto cenno, se l’insegnamento universitario del diritto debba avere una finalità teorico-culturale o pratica-professionalizzante⁸⁰, il romanista palermitano osservava che la vera

«opposizione non è fra insegnamento teorico, che spesso – nella sua esteriorità – si fa coincidere con la lezione cattedratica, e insegnamento pratico, che spesso si fa coincidere con le esercitazioni casistiche, ma fra concezioni diverse del diritto, che possono assumere le vesti sia dell’una sia dell’altra forma d’insegnamento».

Chi ritenga, ad esempio,

«che il diritto sia costituito da un sistema di principi generali naturalisticamente o razionalmente determinati, di cui le norme costituiscono applicazioni particolari, potrà anche in un insegnamento casistico essere portato a presentare e studiare i casi come l’esemplificazione di quelle norme e le soluzioni

décalage est grand entre les déclarations officielles et les réalisations concrètes»). Sebbene dal 1988 a oggi molti ostacoli siano stati superati, l’insegnamento del diritto comparato trova ancora delle resistenze, soprattutto nei paesi esportatori del loro modello, come la Francia, la Germania, l’Inghilterra e gli Stati Uniti (per quanto riguarda la Germania, v. il contributo di LEHMANN 2016, 167-181). La situazione è migliore nei paesi importatori come l’Italia, rispetto alla quale, nel 1995, Rodolfo Sacco poteva annunciare, con orgoglio e soddisfazione, che l’Italia, «pour une fois», si trovava «en tête»: SACCO 1995, 131-133. Dello stesso Autore – che, come noto, ha svolto un ruolo fondamentale per la diffusione in Italia e in Europa dell’insegnamento del diritto comparato – v. anche SACCO 1996, 273-278.

⁷⁹ TUNC 1957, 72-73 e 75.

⁸⁰ Negli Stati Uniti, la richiesta di orientare gli studi giuridici verso finalità marcatamente professionalizzanti – già formulata con decisione dal giudice e insegnante Harry T. Edwards (EDWARDS 1992, 34-78) – è stata riproposta qualche anno fa in seguito alla progressiva diminuzione delle iscrizioni alle *law schools* dovuta, in gran parte, alla crisi finanziaria del 2008 (v., in merito, EHRENBERG 2013, 98-112). In un editoriale intitolato *Legal Education Reform*, uscito sul *New York Times* del 25 novembre del 2011, dopo un accenno alla crisi finanziaria che ha lasciato «many recent law graduates saddled with crushing student loans and bleak job prospects», si chiedeva un insegnamento «more practice oriented». Alla perorazione contenuta nell’editoriale del *New York Times* – ispirata a una concezione meramente strumentale del diritto («a means rather than an end, a tool for solving problems») – ha replicato il giorno dopo, sulle stesse pagine, Bruce Ackerman, osservando che il diritto non è solo uno strumento al servizio di interessi e fini che gli sono esterni; al contrario, il diritto ci aiuta a formulare «our fundamental problems: What is the meaning of free speech or equal protection? Does antitrust law make sense? What is the best form of environmental regulation?». Se il diritto è anche e soprattutto questo, prosegue Ackerman, bisogna rispolverare «the teachings of Oliver Wendell Holmes and Benjamin N. Cardozo [...] and enrich the judicial tradition with insights of social science and philosophy to define the legal challenges of the 21st century».

come deduzioni di quei principi. Ma anche partendo dai casi, se si presuppone che la loro soluzione deve essere ricondotta a criteri predeterminati e imprescindibili, allora l'analisi della casistica, e lo studio delle norme da cui essa è condizionata, si risolve in operazioni induttive mediante le quali pervenire ai principi generali e alla loro composizione in sistema»⁸¹.

Se, al contrario, il metodo casistico è impiegato nell'ambito di una concezione del diritto come "azione", secondo la tradizione aristotelica della filosofia pratica, fatta propria dal giurista medievale e, dopo la rottura epistemologica moderna, conservata dal giurista inglese, lo studio dei casi non si riduce a uno strumento pedagogico come un altro, ma ci rivela la natura profonda del diritto, che è storica, contestuale, controversiale, interpretativa, pragmatica e, dunque, *casistica*.

Lo stesso discorso può essere fatto a proposito dell'insegnamento delle scienze umane e sociali. Se il diritto è concepito come uno *strumento* per conseguire fini che gli sono imposti dall'esterno (dal potere politico o economico) e che il giurista, teorico o pratico, deve subire passivamente, secondo le massime del positivismo legalista che sono state incessantemente ripetute fino alla prima metà del secolo scorso (*ita lex, dura lex sed lex*), l'insegnamento del diritto sarà finalizzato, essenzialmente, a formare dei buoni tecnici del diritto, capaci di fornire strumenti giuridici adeguati per conseguire fini che non controllano. Rispetto a tale concezione del diritto e del ruolo del giurista, le scienze umane e sociali non possono che essere relegate allo statuto subalterno di «scienze ausiliarie» o «annesse»⁸²: un'infarinatura culturale che non produce nessun effetto sul modo di concepire e d'insegnare il diritto.

Se, invece, il diritto è concepito come una *pratica sociale* orientata verso l'agire bene, secondo giustizia (*eupráttein*) – com'era fino alla rottura epistemologica moderna e come deve essere adesso, in seguito all'avvento dello stato costituzionale di diritto che impone a ogni giurista europeo il compito di fare l'interpretazione *conforme* alla Costituzione nazionale e alle Carte europee dei diritti – l'apertura dell'insegnamento del diritto ai saperi che si interrogano sui fini della pratica giuridica diventa fondamentale.

9. Quale interdisciplinarietà?

La necessaria apertura della ricerca e dell'insegnamento ad altri saperi non deve essere spinta fino alla perdita della specificità metodologica della scienza giuridica, «in una confusione generale di oggetti e modi di discorso»⁸³. Il rifiuto dei postulati positivistic dell'autonomia del diritto e della purezza della scienza giuridica non deve condurre all'idea – propria di certe posizioni realistiche o sociologiche radicali – secondo cui il diritto sarebbe «a set of social choices, law school as a training in policy making, and legal scholarship as a branch of applied social science»⁸⁴.

Certamente, il lavoro del giurista richiede delle costanti valutazioni circa le conseguenze etiche, sociali, economiche e politiche delle scelte interpretative. Ogni operatore giuridico è quotidianamente chiamato ad effettuare dei *test* di proporzionalità e di ragionevolezza, mettendo sui

⁸¹ ORESTANO 2008, 144. V. anche GIULIANI 2008, 79, dove osserva che esistono due opposte concezioni di che cosa sia un "caso": «As a rhetorical question (*status*) and as a technical problem; and they reflect the conflict between a "topical" and a "systematic" understanding of legal science». Questi due diversi approcci al *case method* si ritrovano in Jhering. Quello illustrato da Orestano, al servizio dell'apprendimento dogmatico, caratterizza la sua prima raccolta di casi pubblicata nel 1847; il secondo approccio, maturato in seguito all'abbandono del concettualismo che aveva segnato la sua prima stagione, caratterizza la seconda raccolta del 1870, che contiene solo casi reali, non collegati a premesse dogmatiche o a paragrafi di manuali istituzionali, ma selezionati al solo fine di esercitare la capacità di rielaborazione personale degli studenti, chiamati a discuterli e a risolverli. V., in merito, TREGGIARI 2018, 80-81.

⁸² JAMIN 2012, 50 e 155.

⁸³ SCARPELLI 1968, 24.

⁸⁴ BOYD WHITE 1993, 1972.

piatti della bilancia interessi plurimi e spesso conflittuali. Ma tutte queste scelte non sono pure scelte politiche, etiche o economiche. Quando il giurista – di cattedra, del foro o degli uffici legislativi e della pubblica amministrazione – deve compiere delle scelte non è mai completamente libero: il diritto non è solo *ratio* ma anche *auctoritas*. Quando una scelta giuridica deve essere fatta, occorre rispettare determinate *procedures, forme e decisioni* prese da altri:

«Which decisions, how much respect, and why? These are the central questions of legal thinking; they are essential to the maintenance of the law as a constituted system of authority. To erase them, by thinking of a question as one of pure policy, as if there were no authoritative context of judgments made by others, is to destroy the essence both of law and of legal education»⁸⁵.

Questa educazione al rispetto – che con l'avvento dello stato costituzionale di diritto non può più essere acritico e dogmatico – dell'*altro* come autorità (istituzioni, leggi, procedure, precedenti, consuetudini, opinioni dottrinali autorevoli...), ma anche dell'*altro* come *opinione differente*, perché nel diritto possono coesistere diverse interpretazioni dello stesso materiale giuridico, ha un valore scientifico ed etico cruciale nella formazione dei futuri giuristi. Come osserva James Boyd White,

«legal education can be a real education, of the greatest value both personally and professionally, partly because it is a training in the respect due to others: partly because it teaches us that in almost every case reasonable and decent people can take radically opposing views, and therefore that our opinions are not eternal truths; partly because it insists upon the authority of procedures and institutions, which it in this way constitutes and maintains; partly because it perpetually tests and surprises the mind by exploring the limits of our discourses and imaginations, as the law is seen to be one language among many»⁸⁶.

L'idea del diritto come *relazione* – che ci viene, come si è visto, dal recupero della natura pratica del sapere giuridico – è incompatibile sia con l'idea di una scienza giuridica pura, autonoma, sia con l'idea di una scienza giuridica senza qualità, dissolta nelle altre scienze sociali e politiche. È la stessa natura relazionale del diritto che esige una scienza giuridica interdisciplinare: quello del diritto è un discorso che fa incessantemente e necessariamente riferimento ad altri e si muove all'interno di uno spazio di vincoli e di libertà (di *auctoritates* e di *rationes*), nel quale gli altri discorsi devono essere sì ascoltati ma tradotti secondo la sua grammatica, i suoi principi, i suoi valori. Come osservava Uberto Scarpelli nel già ricordato intervento al convegno del 1967 su “Scienze sociali, riforma universitaria e società italiana”, l'educazione giuridica dovrebbe

«tendere a far sentire i mille legami che congiungono la cultura giuridica alla cultura generale, a dare conoscenza, e soprattutto attitudine ad acquisire conoscenza con i metodi appropriati, delle materie regolate dal diritto, a rendere consapevoli dei valori morali, politici e sociali, a fare intendere e apprezzare forme e tecniche giuridiche prodotte da tradizioni giuridiche diverse dalla nostra e a procurare così la coscienza della relatività e della mutabilità del diritto in rapporto a condizioni storiche diverse»⁸⁷.

Nell'ascoltare queste ed altre parole che tratteggiavano un programma tanto ambizioso per gli studi giuridici – programma che, secondo Scarpelli, si sarebbe dovuto attuare attraverso «un opportuno equilibrio di insegnamenti giuridici di varia specie, di diritto attuale, storico-giuridici, filosofico-giuridici, economico-giuridici, sociologico-giuridici etc., e di insegnamenti extra-giuridici», Luigi Firpo osservò, in tono ironico, che le tesi del collega sull'educazione giuridica si sarebbero potute tradurre «in una legge semplicissima, fatta di un articolo unico: “Il titolo di

⁸⁵ BOYD WHITE 1993, 1973.

⁸⁶ BOYD WHITE 1993, 1974.

⁸⁷ SCARPELLI 1968, 24.

studio richiesto per l'iscrizione alla facoltà di giurisprudenza è la laurea in scienze politiche»⁸⁸. La battuta, tutt'altro che peregrina nel suo richiamare, seppur inconsapevolmente, il già ricordato modello americano che subordina l'accesso alle *law schools* al conseguimento di un diploma universitario in altre discipline⁸⁹, «sottolinea efficacemente», osserva Scarpelli,

«la lunghezza e la complessità degli studi occorrenti per diventare un giurista tecnicamente attrezzato e culturalmente maturo: si potrebbe anzi perfezionare la legge formulata da Firpo prescrivendo all'aspirante giurista un paio d'anni di filosofia e la frequenza di molteplici corsi di tutte le facoltà».

Siamo, evidentemente, nel paradosso. Data l'impossibilità di ampliare in tal modo gli studi giuridici, dovremmo dunque rinunciare, si chiede Scarpelli, «a prendere nell'educazione del giurista la strada giusta e rassegnarci a tirar fuori dall'università quel tipo di giurista che proprio a Firpo non piace affatto, abile nel far girare la macchina nel vuoto e culturalmente immaturo?». L'impossibilità di realizzare quell'obiettivo durante gli studi universitari non significa che esso debba venir meno come ideale regolativo cui tendere fin dall'inizio del percorso formativo. Non si può certo pensare, infatti,

«e non si è mai pensato, che si possa esaurire e concludere nell'università una seria preparazione culturale; dopo la laurea, il giovane serio dovrà impegnarsi nell'addestramento professionale ed insieme continuare a studiare; l'importante è avviarlo per la buona strada, facendo entrare nel *curriculum* universitario quanto ci può entrare, ma nell'equilibrio di direzioni e metodi di ricerca più adatto a fornire ad un tempo abilità tecnica e maturità culturale»⁹⁰.

Un ultimo passo dell'intervento di Scarpelli ci pare importante, là dove osserva che «una semplice frequenza di corsi nelle scienze politiche, sociali, storiche, filosofiche *etc.*, quali possono essere svolti ad altri fini [...] non sarebbe affatto per l'educazione del giurista una soluzione adeguata, comportando una dispersione di interessi e sforzi». Questi diversi insegnamenti dovrebbero essere tutti orientati verso il fine specifico della formazione del giurista il che comporta, ad esempio, che «gli storici non devono insegnare nella facoltà di giurisprudenza nello stesso modo in cui insegnerebbero in una facoltà destinata a formare degli storici». Allo stesso modo, il filosofo del diritto dovrà «tenersi nel vivo dell'esperienza giuridica e nel vivo dell'esperienza giuridica suscitare i problemi filosofici, illuminando le conseguenze operative e pratiche che la soluzione in un senso o in un altro di tali problemi si porta dietro»⁹¹.

Si può aggiungere che per assicurare un'autentica formazione interdisciplinare – e non una semplice giustapposizione di discipline differenti – bisognerebbe prevedere, a fianco di corsi introduttivi a metodi e contenuti delle varie scienze considerate utili per la formazione di un giurista culturalmente attrezzato (filosofia del diritto, storia del diritto e del pensiero giuridico, storia dell'età contemporanea, sociologia del diritto, scienza politica, economia, antropologia giuridica, psicologia giuridica, criminologia, filosofia del linguaggio, diritto e letteratura, bioetica...), dei corsi o seminari su temi specifici affrontati da diverse prospettive disciplinari. Su questo metodo autenticamente interdisciplinare – che, va riconosciuto, richiede necessariamente un lavoro in *équipe* al quale si è ben poco abituati – punta decisamente l'originale rapporto, già ricordato, della commissione presieduta da Antoine Lyon-Caen. In luogo del tradizionale insegnamento per materie, la commissione propone di organizzare l'offerta formativa intorno a quattro grandi temi o «piliers»: “Droit et justice, personnes, institutions et

⁸⁸ SCARPELLI 1968, p. 25.

⁸⁹ Il modello è ben presentato da JAMIN 2012, 105-123.

⁹⁰ SCARPELLI 1968, 25-26.

⁹¹ SCARPELLI 1968, 26-27.

organisations, échanges et patrimoine”. Secondo i proponenti, questo modello organizzativo non dovrebbe limitarsi a

«un simple regroupement de “matières existantes” selon les thèmes», ma dovrebbe prevedere un profondo mutamento di «frontières, de contenus et de manières d’enseigner. Au morcellement des enseignements en une grande variété qui rend difficile, sinon impossible, l’intelligence des liaisons, la méthode propose de substituer un cadre propice à l’articulation réfléchie et explicite entre les différents enseignements»⁹².

Com’era prevedibile, la proposta rivoluzionaria della commissione Lyon-Caen ha avuto scarsa risonanza nelle facoltà giuridiche francesi (e tutto fa presumere che, nella realtà italiana, ancora più frammentata disciplinarmente, una simile proposta riceverebbe ancor meno ascolto). In una prospettiva più realistica, che non scardini il tradizionale sistema d’insegnamento per materie di diritto positivo, si potrebbe immaginare un intervento su due fronti: da un lato, prevedere un numero ragionevole di seminari interdisciplinari secondo il modello per «pilastri» proposto dalla commissione francese; dall’altro lato, ripensare l’insegnamento delle materie di diritto positivo secondo una duplice direttiva.

Ridurre, innanzitutto, l’insegnamento del diritto positivo alle materie davvero fondamentali, che dovranno essere presentate nelle loro linee generali. Ciò consentirebbe, da un lato, di liberare spazio per un più ampio ingresso di materie diverse dal diritto positivo e per l’offerta di seminari autenticamente interdisciplinari e, dall’altro lato, di approfondire adeguatamente alcuni aspetti problematici del corso, facendo ricorso, in modo particolare, a casi giurisprudenziali e al metodo della “classe capovolta” (*flipped classroom*): lettura a casa e schedatura di sentenze e altri materiali didattici selezionati dal docente, prima, e analisi e discussione in classe di quanto assimilato autonomamente dallo studente, poi. Come osserva Luigi Capogrossi Colognesi,

«quello che noi dobbiamo fornire non è l’analitica e compiuta conoscenza dei fondali di un mare che si trasforma in continuazione, non una carta topografica continuamente aggiornata che sarà sempre già vecchia quando lo studente giunge a laurearsi. Quello che dobbiamo fornire è un pieno dominio dell’uso dei basilari strumenti di navigazione, bussola, sestante, scandaglio, di cui il laureato dovrà saper fare buon uso»⁹³.

Inutile dire che già questa prima proposta di modifica della struttura dei corsi, che porta necessariamente con sé anche l’esigenza di un ripensamento dei tradizionali strumenti didattici, è destinata ad incontrare forti ostacoli, di tipo culturale e corporativo. Eppure una tale riforma non può più essere rinviata. Come osserva Capogrossi Colognesi, «il feticismo» che le *ex* facoltà di giurisprudenza «sembrano nutrire per un certo assetto delle discipline e dei loro contenuti è solo segno di sclerosi». E fa l’esempio dell’insegnamento delle procedure. Non è possibile, osserva, che quel

«momento centrale dell’intero sistema giuridico che è il processo [...] sia letteralmente offuscato nella sua centralità dalle migliaia di pagine relative ad aspetti tutti in sé insignificanti. Aspetti che possono e debbono solo interessare l’avvocato e il magistrato nel loro lavoro pratico»⁹⁴.

⁹² “Commission de Réflexion sur les Études de droit”, cit., 14.

⁹³ CAPOGROSSI COLOGNESI 2005, 82. La stessa direttiva veniva già da Duguit alla fine del XIX secolo: «Il serait dangereux de surcharger l’enseignement de détails historiques ou juridiques, qui fatigueraient leur mémoire sans développer leur esprit. On devra s’arrêter avant tout aux grandes lignes, donner aux élèves des cadres et des idées générales, qui leur permettent de faire plus tard des études approfondies». E conclude: «Les cours sont assurément une excellente chose; mais en les multipliant, on courrait peut-être le risque d’absorber le temps des élèves et d’entraver chez eux l’initiative dans le travail et l’originalité dans les idées» (DUGUIT 1888, 154).

⁹⁴ DUGUIT 1888.

L'altra direttiva consiste nell'aprire gli stessi corsi di diritto positivo ad altre prospettive disciplinari (anche con la collaborazione di colleghi), a cominciare dalla storia e dal diritto europeo e comparato⁹⁵. Ciò significa che, ad esempio, non dovrebbero più essere proposti, in linea di massima, corsi facoltativi di procedura penale europea o di diritto privato comparato, corsi che, tra l'altro, pochi e in certi casi pochissimi studenti scelgono, tranne nel caso che siano impartiti da docenti di particolare levatura. La dimensione europea del diritto e la prospettiva comparata (orizzontale e verticale) dovrebbero caratterizzare tutti gli insegnamenti di diritto positivo, non essere riservate a corsi specifici⁹⁶. Corsi autonomi di diritto europeo e di diritto comparato dovranno sì esserci, ma solo per presentare i caratteri generali degli ordinamenti, la loro storia, le loro istituzioni, le loro fonti. Per quanto riguarda, più specificamente, la comparazione, oltre al corso obbligatorio e introduttivo di «sistemi giuridici comparati», bisognerebbe istituire, come già avviene, peraltro, in diverse università italiane, corsi specifici su sistemi giuridici che presentano, come quello inglese e americano, caratteristiche tipiche molto diverse da quelle dell'Europa continentale e che proprio per questo sono particolarmente fecondi sul piano formativo, specie nell'attuale periodo di "scienza straordinaria" che richiede la capacità di osservare l'esperienza giuridica del proprio paese da punti di vista differenti⁹⁷.

10. Le condizioni per una nuova educazione giuridica

Ovviamente, come del resto è già emerso, per realizzare un nuovo modello di educazione giuridica non bastano le buone proposte. Occorre creare, altresì, le condizioni di ordine culturale, normativo, istituzionale, motivazionale, senza le quali nessuna riforma può sperare di vedere la luce.

La prima condizione, fondamentale, è già stata ricordata. Bisogna che sia portata a pieno compimento la rivoluzione scientifica tentata durante tutto il secolo scorso e avviata nel secondo dopoguerra con il ristabilimento della seconda dimensione del diritto tramite le costituzioni rigide e il controllo di costituzionalità delle leggi. Condizione necessaria affinché un nuovo modello di formazione giuridica possa affermarsi è infatti che gran parte della comunità scientifica pensi il diritto, il sapere giuridico e il ruolo del giurista alla luce di un nuovo paradigma scientifico.

Ci sono poi due ostacoli che, oltre a quello corporativo già accennato, rendono difficile il cammino di ogni riforma.

Il primo – la cui importanza, in Italia, si è in parte ridimensionata in questi ultimi anni – attiene alla massa di studenti che le grandi università devono gestire. Qualità non fa rima con quantità ed è evidente che i metodi alternativi alle lezioni *ex cathedra* (*moot courts*, cliniche legali, laboratori metodologici dove lo studente apprende il saper fare del giurista: scrivere, parlare in pubblico, argomentare, condurre una ricerca scientifica, risolvere casi pratici, negoziare...) non

⁹⁵ Nella stessa prospettiva, v. il già citato rapporto del Wissenschaftsrat tedesco che raccomanda un dialogo fitto e continuo tra discipline positive e discipline teorico-fondative (storiche, filosofiche, teorico-generaliste, sociologiche, comparatistiche, politologiche, economiche...).

⁹⁶ Un simile approccio era stato seguito, ad esempio, da Rodolfo Sacco nel corso di diritto civile che ebbi la fortuna di seguire nell'anno accademico 1989-1990 presso l'Università di Torino (quell'anno il corso era dedicato al possesso).

⁹⁷ Per un modello più spinto di denazionalizzazione dell'insegnamento del diritto, fondato su un ribaltamento di prospettiva («former d'abord les étudiants à être des juristes du monde, sauf à les spécialiser ensuite dans tel ou tel droit national»), v. ANCEL 2013, 90 s., dove, oltre a presentare le esperienze innovative dell'Università di Maastricht e di McGill, illustra il nuovo «bachelor de droit, dit transnational», inaugurato nel 2014, dell'Università del Lussemburgo (in cui Pascal Ancel è giunto nel 2011, contribuendo in maniera decisiva all'ideazione e alla realizzazione del progetto). Per una presentazione più approfondita e aggiornata del nuovo corso di studi – che a Lussemburgo è l'unico proposto agli studenti – v. ANCEL 2016, 15-28. Per un superamento dell'attuale modello d'insegnamento, ancora concepito su scala nazionale, v., di recente, CASSESE 2018 e GRAZIADEI 2017, 110 ss. Sull'internazionalizzazione dell'insegnamento del diritto, sul suo significato e le sue implicazioni, v. VOGLIOTTI 2018.

possono che rivolgersi a un numero ridotto di studenti. Scartata la soluzione del numero chiuso, che in paesi come la Francia – dove, come si è visto, non si è verificato nessun calo delle immatricolazioni – è ciclicamente riproposta e, per varie ragioni, sempre rifiutata⁹⁸, rimangono sostanzialmente due strade da percorrere: la prima consiste nel rimandare la selezione, per alcuni dopo il primo anno⁹⁹, per altri già dopo il primo semestre¹⁰⁰; la seconda – non alternativa alla prima e praticata, ad esempio, in Francia da alcune università dopo l'ingresso di Sciences Po nel mercato della formazione giuridica –¹⁰¹ consiste nell'allestire dei percorsi differenziati o d'eccellenza per studenti selezionati sulla base di criteri meritocratici.

Il secondo ostacolo è rappresentato dalla scarsa motivazione dei professori – poco propensi «à faire un crédit spontané à de nouveaux élans réformateurs»¹⁰² – a investire tempo ed energia per riflettere sull'insegnamento e sperimentare nuovi metodi didattici.

Per superare questo ostacolo bisogna intervenire su più fronti. Innanzitutto, prevedendo, a livello delle singole università, degli incentivi finanziari per i docenti che dedichino una parte del loro tempo per concepire e realizzare progetti innovativi. Occorrerebbe, poi, destinare finanziamenti ministeriali sia a gruppi di ricerca che propongano progetti scientifici innovativi sulla formazione sia alle università che realizzino programmi educativi originali ed efficaci. Deve diventare patrimonio comune la piena consapevolezza che, da una parte, il tema della formazione possiede la stessa dignità scientifica attribuita ad altri temi di ricerca, come da molto tempo avviene nei paesi di *common law*, e, dall'altra, che l'insegnamento, al pari della ricerca, rappresenta una missione fondamentale dell'università, non solo per i suoi immediati destinatari, gli studenti, ma anche per il futuro del diritto, della scienza giuridica e della società. Un modo per favorire questa consapevolezza – e per migliorare, allo stesso tempo, l'offerta formativa – potrebbe essere quello di prevedere un obbligo di partecipazione a riunioni periodiche in cui riflettere su metodi, contenuti e finalità della formazione giuridica, scambiare buone pratiche, coordinare i corsi dello stesso anno, concepire progetti didattici interdisciplinari, anche confrontandosi con rappresentanti del mondo del lavoro.

Un ultimo fronte su cui agire per superare l'ostacolo motivazionale è quello della carriera. Come osserva Joseph Weiler in un contributo che si è già avuto modo di citare, sebbene l'insegnamento sia sempre menzionato tra i vari indicatori che misurano i progressi accademici, il suo peso sull'avanzamento della carriera è del tutto irrilevante. Quest'ultima dipende quasi totalmente dai “prodotti della ricerca”, come da un po' di tempo si dice nel linguaggio burocratese dell'accademia italiana, che al lessico dell'economia si ispira sempre di più per nominare le cose dell'università: “piano carriera” (al posto del vecchio “piano di studi”), “crediti formativi”, “debiti formativi” ecc. A proposito di questo forte sbilanciamento a favore delle pubblicazioni scientifiche (il cui peso è

⁹⁸ Questa idea è stata recentemente riproposta da BEAUD 2015, che la ritiene, tuttavia, poco realistica. Una soluzione più praticabile sarebbe «d'introduire une sélection en entrée du M1» (ossia al quarto anno, dopo la «licence»), soluzione che «conduirait à repenser entièrement l'organisation des facultés de droit. Par exemple, l'institution d'une sorte de collège généraliste en trois ans (L1) permettrait de combler les immenses trous de la formation du second cycle scolaire et de donner une culture pluridisciplinaire à des juristes qui n'en ont aucune».

⁹⁹ Così OST 2018, 49.

¹⁰⁰ Di questo avviso è DANET 2018, 97: «La masse des étudiants qui arrivent en première année, dont certains (aux alentours de 30% sans doute) n'arriveront jamais quelques soient les efforts qu'on déploie à mener à bien des études de droit, ne doivent plus être laissés seuls face à leur échec. [...] Il s'agit de leur dire, dès qu'on peut, c'est-à-dire [...] au bout de quatre mois, cinq mois au plus, qu'ils doivent se réorienter. Le leur dire fermement, sans violence, sans mépris, mais fermement. Toute autre attitude est démagogique».

¹⁰¹ La prima è stata l'Università Paris II con il suo *Collège de droit*. A questo primo esperimento ne seguirono altri, diversi tra di loro, come ad esempio il «Parcours d'excellence» dell'Università di Rennes I, su cui v. SOLEIL 2018, 101-120.

¹⁰² Così il rapporto della “Commission de Réflexion sur les Études de droit”, cit., che continua: «Sauf sans doute si les raisons d'être desdites réformes sont expliquées et débattues là où elles doivent être mises en œuvre et si elles sont accompagnées d'encouragements» (7).

sempre più commisurato alla quantità che alla qualità e valutato in base a criteri e modalità non di rado discutibili), Weiler si chiede:

«Ma qualcuno, specialmente nella nostra disciplina, si è davvero preoccupato di valutare il bene pubblico derivante alla società dal peso crescente e, secondo me, eccessivo attribuito alla “produzione letteraria” di articoli spesso fungibili, la cui media di lettori è così bassa da essere mortificante, e dalla diminuzione di importanza dell’insegnamento come obiettivo centrale dell’università?»¹⁰³.

Almeno altre due condizioni, non meno importanti, sono infine necessarie perché un’autentica riforma dell’insegnamento possa davvero realizzarsi.

La prima attiene ai margini di autonomia e di libertà assegnati al corpo docente di ciascuna università. In Italia, da troppi anni ormai, questi margini sono così stretti da impedire qualsiasi ambizioso progetto riformatore. L’importanza di tale fattore è ben evidenziata da Merryman nel saggio citato all’inizio di questo lavoro. A suo avviso, infatti, la principale differenza tra i sistemi di *common law* e di *civil law* andrebbe proprio ravvisata nella mancanza di una vera libertà (e responsabilità) dei docenti dei paesi dell’Europa continentale rispetto all’organizzazione e alle finalità degli studi giuridici. Dopo aver osservato che la vera forza del sistema americano «lies in the fact that it is constantly under searching critical review by those responsible for it, the law professors themselves», e che la maggior parte dei professori delle *law schools* è sempre insoddisfatto rispetto agli obiettivi, ai metodi e agli standards «of contemporary American legal education», conclude dicendo che

«fortunately, we are in a position to do something about it; to change, to innovate, to abandon the failed experiment, to take up the brilliant proposal. We, the law teachers, have the power and the responsibility to determine the form and substance of legal education. In the end, that may be the most significant difference of all»¹⁰⁴.

La seconda condizione, che mi limito qui a menzionare perché da sola meriterebbe un’indagine intera, è legata al sistema di reclutamento dei docenti e alla loro formazione. In Francia sono ricorrenti le critiche rivolte al «concours d’agrégation», responsabile, secondo i detrattori, di essere un freno all’innovazione e al dialogo interdisciplinare, quando non un vero e proprio vettore di conformismo scientifico. Quanto alla formazione dei formatori, che, come si è visto, deve mirare, tra l’altro, a forgiare intelletti aperti al dialogo interdisciplinare, non è più ammissibile lasciarla all’iniziativa individuale. Un buon giurista non è necessariamente un buon insegnante. La formazione dei futuri giuristi è troppo importante perché la si possa lasciare interamente nelle mani dell’insegnante *self-made*.

Come si è visto, la formazione dei giuristi di domani richiede impegno, determinazione e progetti ambiziosi. L’utopia di oggi è la realtà di domani: urge immaginarla e cominciare a realizzarla.

¹⁰³ WEILER 2017, 731.

¹⁰⁴ MERRYMAN 2008, 194.

Riferimenti bibliografici

- AA.VV. 2010. *Orient/Occident. L'enseignement du droit*, in «Droits et cultures», numéro hors série 2010, 9 ss.
- AA.VV. 2016. *De futurs juristes libres et responsables! Manifeste pour la formation en droit*, Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques, Université Saint-Louis di Bruxelles, in «Revue interdisciplinaire d'études juridiques», 76, 2016, 169 ss.
- AA.VV. 2018. *L'enseignement du droit: quelles perspectives?*, in «Les Cahiers de la justice», 2018, 209 ss.
- AÏT-AOUDIA M., VANNEUVILLE R. (eds.) 2013. *Les enjeux contemporains de la formation juridique*, in «Droit et Société», 83, 2013, 9 ss.
- ANCEL P. 2013. *Quelle place pour le droit national dans l'enseignement du droit en Europe?*, in «Revue de droit de l'Université de Sherbrooke», 43, 2013, 89 ss.
- ANCEL P. 2016. *Le bachelor transnational de l'Université de Luxembourg*, in ANCEL P., HEUSCHLING L. (eds.), *La transnationalisation de l'enseignement du droit*, Larcier, 15 ss.
- AUREY X. (ed.) 2015. *Les cliniques juridiques*, Presses de l'Université de Caen, 2015.
- BAILLEX A., OST F. (eds.) 2014. *Enseigner le droit demain*, in «Revue interdisciplinaire d'études juridiques», 72, 2014, 25 ss.
- BEAUD O. 2015. *Universités: "la coupe est pleine"*, in «Dalloz», 2015, 2177 ss.
- BECK U. 2000. *La società del rischio. Verso una seconda modernità (1986)*, Carocci.
- BIGIAMI W. 1956. *La riforma degli studi giuridici in Francia*, in «Rivista di diritto civile», 1956, 130 ss.
- BILAND É. 2013. *Quand les managers mettent la robe. Les grandes écoles de commerce sur le marché de la formation juridique*, in «Droit et Société», 83, 2013, 49 ss.
- BILAND É., ISRAËL L. 2011. *À l'école du droit: les apports de la méthode ethnographique à l'analyse de la formation juridique*, in «Les Cahiers de Droit», 52, 2011, 619 ss.
- BLANC-JOUVAN X. 1988. *Réflexions sur l'enseignement du droit comparé*, in «Revue internationale de droit comparé», 1988, 751 ss.
- BLOCH F. 2011. *The Global Clinical Movement: Educating Lawyers for Social Justice*, Oxford University Press.
- BOYD WHITE J. 1993. *Law Teachers' Writing*, in «Michigan Law Review», 91, 8, 1993, 1970 ss.
- BRUTTI M. 2014. *La ricerca giuridica in Germania. Allargare il campo degli studi giuridici*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1, 2014, 107 ss.
- CAPOGROSSI COLOGNESI L. 2005. *Contenuti "culturali" e contenuti "positivi" nella formazione di base del giurista*, in CERULLI IRELLI V., ROSELLI O. (eds.), *La riforma degli studi giuridici*, Esi, 75 ss.
- CAPPELLETTI M. 1957. *Studio del diritto e tirocinio professionale in Italia e Germania. La crisi delle professioni giudiziarie in Italia. Problemi e rimedi*, Giuffrè.
- CASO R. 2016. *Il diritto non abita più qui: la crisi degli studi giuridici tra dati e domande*. Disponibile in: <http://www.roars.it> (consultato il 14.2.2016).
- CASSESE S. 2009. *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli.
- CASSESE S. 2018. *Pour une éducation juridique universaliste*, in VOGLIOTTI M. (ed.), *Pour une nouvelle éducation juridique*, L'Harmattan, 65 ss.
- CASSESE S., CONTI M., CRAVERI P., RODOTÀ S., SPANTIGATI F. 1965. *Sul riordinamento degli studi della facoltà di giurisprudenza*, in «Il Foro italiano», 1965, V, 22 ss.

- CHEVALLIER J. 2011. "Critique du droit" et la question de l'enseignement du droit, in DUPRÉ DE BOULOIS X., KALUSZYNSKI M., *Le droit en révolution(s). Regards sur la critique du droit des années 1970 à nos jours*, Lgdj, 103 ss.
- CHEVALLIER J. 2018. Qu'est-ce qu'un "bon juriste"?, in VOGLIOTTI M. (ed.), *Pour une nouvelle éducation juridique*, L'Harmattan, 55 ss.
- COSTA P. 2007. *A che cosa serve la storia del diritto? Un sommesso elogio dell'inutilità*, in ROSELLI O. (ed.), *La dimensione sociale del fenomeno giuridico. Storia, lavoro, economia, mobilità e formazione*, Esi, 23 ss.
- DANET J. 2018. *Sur la force d'inertie des facultés de droit en France*, in VOGLIOTTI M. (ed.), *Pour une nouvelle éducation juridique*, L'Harmattan, 87 ss.
- DUGUIT L. 1888. *De quelques réformes à introduire dans l'enseignement du droit*, in «Revue internationale de l'enseignement», 15, 1888, 153 ss.
- EDWARDS H. T. 1992. *The Growing Disjunction between Legal Education and the Legal Profession*, in «Michigan Law Review», 91, 1, 1992, 34 ss.
- EHRENBERG R. G. 2013. *American Law Schools in a Time of Transition*, in «Journal of Legal Education», 63, 2013, 98 ss.
- FERRARESE M.R. 2006. *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza.
- FRANK J. 1933. *Why not a Clinical Lawyer-School?*, in «University of Pennsylvania Law Review», 81, 1933, 907 ss.
- FRYDMAN B. 2005. *Le sens des lois*, Bruylant-Paris, Lgdj, 2005.
- GIULIANI A. 1957. *Sistematica e case-method come metodi di istruzione giuridica*, in «Jus», 1957, 319 ss.
- GIULIANI A. 2008. *Observations on Legal Education in Antiformalistic Trends (1975)*, in PICARDI N., MARTINO R. (eds.), *L'educazione giuridica*, t. I, *Modelli di Università e progetti di riforma*, Cacucci (II ed.), 79 ss.
- GLEIZAL J.-J. 1978. *L'enseignement du droit, la doctrine et l'idéologie*, in BOURJOL M., DUJARDIN PH., GLEIZAL J.-J., JEAMMAUD A., JEANTIN M., MIAILLE M., MICHEL J., *Pour une critique du droit. Du juridique au politique*, Presses Universitaires de Grenoble, 71 ss.
- GRAZIADEI M. 2017. *Navigare nel diritto incerto. La dottrina e le nuove frontiere dell'educazione del giurista in Europa*, in FARO S., PERUGINELLI G. (eds.), *La dottrina giuridica e la sua diffusione*, Giappichelli, 93 ss.
- GROSSI P. 1995. *L'ordine giuridico medievale*, Giuffrè.
- HOLDSWORTH W. S. 1971. *A History of English Law*, in GOODHARTET A.L, HANBURY H.G. (eds.), vol. 6, Methuen & Co.-Sweet and Maxwell, 481 ss.
- JAMIN CH. 2010. *L'enseignement du droit à Sciences Po: autour de la polémique suscitée par l'arrêté du 21 mars 2007*, in «Jurisprudence. Revue critique», 1, 2010, 125 ss.
- JAMIN CH. 2012. *La cuisine du droit. L'École de droit de Sciences Po: une expérimentation française*, Lextenso.
- JAMIN CH., VAN CAENEGEM W. 2016. *The Internationalisation of Legal Education*, Springer.
- JOHNSON E. 2010, *A Populist Manifesto for Learning the Law*, in «Journal of Legal Education», 60, 2010, 41 ss.
- KANTOROWICZ H. 1938. *The Quaestiones Disputatae of the Glossators*, in «Revue d'histoire du droit», XVI, 1938, 1 ss.
- KUHN T.S. 1999. *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Einaudi (I ed. 1962; II ed. 1970).
- LARROSA V. 2011. *La casuistique et l'enseignement du droit*, in HECQUARD-THERON M., RAIMBAULT

- PH. (eds.), *La pédagogie au service du droit*, Presses de l'Université de Toulouse, 57 ss.
- LEGRAND P. 1998. *Notes inspirées par une gêne persistante à l'égard de la fascination exercée par l'habitude, l'autorité, la loi et l'État dans les facultés de droit françaises*, in «Revue trimestrielle de droit civil», 1998, 299 ss.
- LEHMANN M. 2016. *L'examen d'État (Staatsexamen) en Allemagne: un obstacle insurmontable à la transnationalisation du droit?*, in ANCEL P., HEUSCHLING L. (eds.), *La transnationalisation de l'enseignement du droit*, Larcier, 174 ss.
- LIBERTINI M. 2014. *La ricerca giuridica in Germania. Uno sguardo dall'Italia*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1, 2014, 121 ss.
- MAESTRONI A., BRAMBILLA P., CARRER M. 2018. *Teorie e pratiche nelle cliniche legali*, Giappichelli.
- MERRYMAN H. 2008. *Legal Education in Civil Law and Common Law Universities: a Comparison of Objectives and Methods (1975)*, in PICARDI N., MARTINO R. (eds.), *L'educazione giuridica*, t. I, *Modelli di Università e progetti di riforma*, Cacucci (II ed.), 168 ss.
- MERTZ E. 2007. *The Language of Law School. Learning to "Think like a Lawyer"*, New York, Oxford University Press, 2007.
- MINNITI L., SPINA S. (eds.). 2019. *Obiettivo 2. Le cliniche legali*, in «Questione giustizia», 3, 2019, 75 ss.
- MORÉTEAU O. 2006. *Bilan de santé de l'enseignement du droit*, in CASTONGUAY L., KASIRER N., *Étudier et enseigner le droit: hier, aujourd'hui et demain*, Études offertes à Jacques Vanderlinden, Bruylant, Yvon Blais, 273 ss.
- ORESTANO R. 2008. *Sulla didattica giuridica in Italia tra il XIX e il XX secolo (1975)*, in PICARDI N., MARTINO R. (eds.), *L'educazione giuridica*, t. I, *Modelli di Università e progetti di riforma*, Cacucci (II ed.), 135 ss.
- OST F. 2018. *Former des juristes responsables: quatre problématiques enchevêtrées*, in VOGLIOTTI M. (ed.), *Pour une nouvelle éducation juridique*, L'Harmattan, 45 ss.
- OST F., VAN DE KERCHOVE M. 2002. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses de l'Université Saint-Louis.
- PADOA SCHIOPPA A. 2014. *Ri-formare il giurista. Un percorso incompiuto*, Giappichelli.
- PICARDI N. 2008. *L'educazione giuridica, oggi. Introduzione alla II^a edizione*, in PICARDI N., MARTINO R. (eds.), *L'educazione giuridica*, t. I, *Modelli di Università e progetti di riforma*, Cacucci (II ed.), IX ss.
- PIMONT S. (ed.). 2010. *L'enseignement du droit au début du XXI^e siècle, perspectives critiques*, Actes du séminaire du 3 juillet 2009, Université de Savoie, in «Jurisprudence. Revue critique», 2010, 87 ss.
- ROSELLI O. 2005. *Presentazione del progetto di creazione di un Osservatorio e di un Annuario sulla formazione giuridica*, in CERULLI IRELLI V., ROSELLI O. (eds.), *La riforma degli studi giuridici*, Esi, 19 ss.
- ROSELLI O. 2012. *Scritti per una scienza della formazione giuridica*, Esi.
- SACCO R. 1995. *L'Italie en tête (à propos de l'enseignement du droit comparé)*, in «Revue internationale de droit comparé», 1995, 131 ss.
- SACCO R. 1996. *La formation au droit comparé. L'expérience italienne*, in «Revue internationale de droit comparé», 1996, 273 ss.
- SACCO R. 2011. *Il pensiero sapiente, il tentativo, il successo (storia di un'idea)*, in «Rivista di diritto civile», 2011, 675 ss.
- SALEILLES R. 1902. *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, in

- «Revue internationale de l'enseignement», 1902, 313 ss.
- SCARPELLI U. 1968. *L'educazione del giurista*, in «Rivista di diritto processuale», 1968, 1 ss.
- SCIALOJA V. 1936. *L'ordinamento degli studi di giurisprudenza in relazione alle professioni (1914)*, in *Scritti e discorsi politici*, vol. II, Cedam, 205 ss.
- SOLEIL S. 2018. *La licence Parcours d'excellence de l'Université Rennes I. Retour sur 10 ans d'innovations pédagogiques*, in VOGLIOTTI M. (ed.), *Pour une nouvelle éducation juridique*, L'Harmattan, 101 ss.
- SORDI B. 2014. *La ricerca giuridica in Germania. Un rinnovato invito al colloquio*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1, 2014, 101 ss.
- SUPIOT A. 2015. *La gouvernance par les nombres*, Fayard.
- TREGGIARI F. 2007. «Pericle e l'idraulico». *La formazione e la professione del giurista nelle giurisdizioni anglofone*, in ROSELLI O. (ed.), *Osservatorio sulla formazione giuridica 2006*, Esi, 149 ss.
- TREGGIARI F. 2018. *Quelle casuistique? La méthode des cas dans l'histoire de l'éducation juridique*, in VOGLIOTTI M. (ed.), *Pour une nouvelle éducation juridique*, L'Harmattan, 73 ss.
- TUNC A. 1957. *Sortir du néolithique (Recherche et enseignement dans les Facultés de droit)*, in «Dalloz», 1957, Chron., 71 ss.
- VIESTI G. (ed.) 2016. *Università in declino. Un'indagine sugli atenei da Nord a Sud*, Rapporto della Fondazione RES, Donzelli.
- VOGLIOTTI M. 2007. *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli.
- VOGLIOTTI M. 2014. *L'urgence de la question pédagogique pour le droit postmoderne*, in «Revue interdisciplinaire d'études juridiques», 2014, 73 ss.
- VOGLIOTTI M. 2018. *L'internationalisation de l'enseignement du droit: son sens et ses enjeux*, in CLAY T., FAUVARQUE-COSSON B., RENUCCI F., ZIENTARA-LOGEAY S. (eds.), *États généraux de la recherche sur le droit et la justice*, Lexis-Nexis, 147 ss.
- VOGLIOTTI M. 2019. *Fragilità della Costituzione e nichilismo giuridico*, in «Giornale di storia costituzionale», 2019, 66 ss.
- WEILER J.H.H. 2017. *Consigli ai giovani ricercatori*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 3, 2017, 711 ss.
- WICKERS TH. 2012. *Remettre la faculté de droit au service de la profession d'avocat*, in «Gazette du Palais», septembre-octobre 2012, 2642 ss.

RECENSIONI

LA BUSSOLA E IL PUNGOLO

RECENSIONE DI *POPOLO,
NAZIONE ED ESCLUSI*
– *TRA MITO E CONCETTO*
DI GIOVANNI MAGRÌ

GIUSEPPE **AULETTA**



La bussola e il pungolo.

Recensione di *Popolo, Nazione ed esclusi – Tra mito e concetto* di Giovanni Magrì

The Compass and the Goad.

Review of *Popolo, Nazione ed esclusi – Tra mito e concetto* by Giovanni Magrì

GIUSEPPE AULETTA

Cultore di Filosofia del Diritto, Università degli Studi di Messina.

E-mail: aulettag@unime.it

KEYWORDS

Giovanni Magrì, popolo, nazione, rappresentanza politica, responsabilità

Giovanni Magrì, population, nation, political representation, responsibility

La bussola e il pungolo.

Recensione di *Popolo, Nazione ed esclusi – Tra mito e concetto*

di Giovanni Magrì

GIUSEPPE AULETTA

Se *Popolo, Nazione ed esclusi*, ultimo libro di Giovanni Magrì, pubblicato per i tipi di Castelvechi, fosse un oggetto, sarebbe probabilmente una bussola. Infatti, in un tempo in cui parole come popolo, sovranità, nazione, sovranismo, populismo etc. si pongono al centro di un dibattito pubblico spesso sgangherato e confuso, il testo in questione, proprio come una bussola, ambisce a fornire le informazioni fondamentali a partire dalle quali il cittadino-lettore è messo in condizione di interpretare gli altri messaggi; ferma restando la sua piena libertà (e responsabilità) riguardo alla direzione del suo percorso.

Non a caso, d'altra parte, scriviamo di cittadino-lettore. L'opera, infatti, adotta un taglio volutamente divulgativo, fin dal tipo di prosa impiegata, simile a quello di una lezione appassionata; tanto che, a leggere con attenzione, sembra quasi di sentir uscire dalle pagine la viva voce dell'Autore. Tale intento divulgativo, che ne fa un testo rivolto al pubblico colto dei non specialisti, convive, tuttavia, con un esplicito impegno di rigore scientifico, in un equilibrio la cui ricerca è sempre una sfida stimolante e difficile.

Il metodo prescelto dall'Autore è quello della storia del concetto, che gli consente di farsi largo tra millenni di sedimentazioni testuali, in particolare intorno ai termini *populus-popolo* e *nationazione*, isolando le svolte storico-concettuali fondamentali dalle quali dipende l'uso (e talvolta l'abuso) delle due espressioni nei giochi linguistici del nostro tempo¹.

Ma diamo un'occhiata più da vicino alle singole parti che compongono il testo. Dopo aver introdotto l'opera con un breve inquietante capitolo sugli effetti di un uso escludente dei concetti di popolo e nazione, tracciando una traiettoria ideale tra Stefan Zweig e un testo anonimo di *hate speech* contemporaneo², Magrì, nel secondo capitolo, ci accompagna tra i principali significati di *populus* e *natio*, nel lungo arco di tempo che dalla protostoria romana si dipana fino al Basso Medioevo di Tommaso d'Aquino e dello *Studium bononiensis*; dal *populus romanus* al *populus Dei*. In tema, senza voler anticipare troppo, si può dire che, se resta incerta e oscura, come anche l'Autore segnala, l'etimologia di *populus*³, si può convenire con Magrì sull'originaria, tendenziale corrispondenza tra *populus* ed *exercitus*⁴ e sul carattere, in linea di principio, multinazionale tanto del popolo romano, quanto dei popoli tardomedievali.

Con il terzo capitolo, l'Autore ci fa compiere un ampio salto storico, proiettandoci nel bel mezzo della Modernità e dei suoi complessi e talvolta ambigui, ma nondimeno efficaci, disposi-

* Recensione a: GIOVANNI MAGRÌ. *Popolo, Nazione ed esclusi – Tra mito e concetto*, con *Postfazione* di Alessio Lo Giudice, Roma, Castelvechi, 2020.

¹ Riguardo alla nozione di gioco linguistico il riferimento è, ovviamente, a WITTGENSTEIN 1967 [1953], 17 ss.

² Sull'*hate speech* o discorso d'odio, tra i tanti importanti lavori scientifici ormai disponibili, mi permetto di segnalare il recentissimo FALOPPA 2020.

³ Si è scritto autorevolmente di un "Mot italique", precisando però che «rien ne permet de décider quel peut être la racine, celle de *pellō*, celle de *pleō* o quelque autre» (ERNOUT, MEILLET 2001 [1932], 522). In senso sostanzialmente analogo BATTISTI, ALESSIO 1975, 3018.

⁴ Non è forse un caso se, trattando espressamente di storia militare, il declino dell'efficienza bellica delle legioni romane in età tardoantica è stato ricondotto, non tanto a ragioni tecniche o a mutamenti nel comportamento e nella pericolosità del nemico, quanto alla crisi del modello di esercito come «somma di *cives* in armi», con conseguente crisi del senso di responsabilità e dello spirito di sacrificio, che potevano essere considerate le armi migliori delle truppe di Roma (BRIZZI 2020 [2002], 207).

tivi concettuali. Il capitolo prende, infatti, le mosse dal celebre *incipit* della Costituzione degli Stati Uniti d'America del 1787⁵ e dalla sua decostruzione condotta da Hannah Arendt (ARENDR 2009 [1963]). Ma il testo costituzionale statunitense è solo il punto d'avvio per una riflessione più generale, di stampo costruttivista, la quale ripropone il paradosso della rappresentanza, con ciò offrendo al lettore qualche elemento di riflessione per porre nella giusta prospettiva i frequenti "richiami al popolo" cui il dibattito pubblico ci ha ampiamente abituato e, talvolta, assuefatto. In merito, vale la pena di citare direttamente un passaggio dell'opera:

«a rendere "uno" lo Stato (e, in verità, qualsiasi persona giuridica fondata sul meccanismo della rappresentanza) e l'unità del rappresentante, non l'unità del rappresentato; il che, aggiungo, implica che l'unità del rappresentato (della moltitudine) esiste solo come metafora, o se si vuole come idea, come progetto, come aspirazione, come processo e al limite come risultato, ma in ogni caso *non esiste come dato naturale* ("in natura" esisterebbero solo gli individui, non i popoli) (corsivo nell'originale) (MAGRÌ 2020, 34).

Nel quarto capitolo, al di sotto di una citazione tratta da un'ode manzoniana, che è impiegata a mo' di titolo, Magrì prende per mano il lettore accompagnandolo tra fatti e testi della prima metà dell'Ottocento europeo, in quel tempo cioè in cui il significato giuridico di popolo inizia a cedere spazio a quello sociale (e, si direbbe con un anacronismo, sociologico) di massa dei più, contrapposta alla cerchia dei maggiorenti⁶; mentre la nazione, abbandonati i suoi connotati medievali, assume le vesti di strumento politico utile a creare nuove solidarietà allargate⁷, ma pur sempre limitate da confini, in contrapposizione al (preteso) onninclusivismo del regime napoleonico⁸. Ed è proprio grazie alla sua immersione nell'Ottocento che l'Autore, nel quinto capitolo, può trarre le conclusioni del lavoro svolto, consegnando al lettore una semplice, ma non scontata, consapevolezza: mentre quello di popolo è, anzitutto, un concetto giuspubblicistico; la nazione è un mito politico. Anzi, un mito con due facce, il quale, se da una parte è stato alla base dei discutibili eccessi dello sciovinismo, fino agli orrori del fascismo europeo; dall'altra è servito da fondamento (mitico e potenzialmente sostituibile, ma non per questo meno reale) per il, sempre parziale ed incerto, superamento delle solidarietà di clan, villaggio e ceto in favore di solidarietà più ampie, sufficientemente robuste da sostenere, tra l'altro, vasti sistemi di *welfare* (MAGRÌ 2020, 76 ss.).

Il libro in commento potrebbe, in un certo senso, concludersi qui, avendo assolto egregiamente alla funzione di orientamento, di cui si è detto nelle prime battute di questa recensione; ma l'Autore, dopo aver chiarito le idee del lettore su varie e intricate questioni, fa un passo oltre, dedicando una densa appendice al tema, complesso e articolato, della responsabilità di un popolo per la sussistenza (e la persistenza) delle sue istituzioni. Tema che viene declinato soprattutto nei termini della responsabilità di ciascuno e di (quasi) tutti per la vigenza di un ordinamento

⁵ «We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, ensure domestic Tranquility, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America».

⁶ Ma una tale evoluzione avrebbe un precedente già per *populus*. Infatti «a l'epoque imperiale, quand a été perdu le sens de la veille organisation sociale et politique, *populus* s'emploie pour *plēbs*» (ERNOU, MEILLET 1932, 522).

⁷ Sulla questione sia permesso richiamare AULETTA 2019, 141, che tratta del tema a proposito di HABERMAS 2008 [1996], 125.

⁸ Parlo di onninclusivismo preteso, giacché ogni sistema giuridico-politico, nell'atto di rispondere alla domanda fondamentale *chi siamo "noi"?*, non può che determinare anche *chi noi non siamo*. Non a caso il verbo *de-finire* reca in sé ampia traccia del latino *finis*, confine. Se si volesse sintetizzare tutto questo con un esempio, si potrebbe dire che per comprendere dove finisse lo spirito d'inclusione del regime napoleonico si potrebbe partire dal (ri)leggere la *loi Le Chapelier*, che, pur promulgata anteriormente all'ascesa di Bonaparte, vedrà rinnegato il suo impianto normativo e culturale solo molti decenni dopo la battaglia di Waterloo. Molto appropriata ci pare, quindi, la scelta dell'Autore di porre, già nel titolo, accanto ai concetti di popolo e nazione, il riferimento agli esclusi che, di volta in volta, le definizioni di questi termini hanno lasciato dietro di sé.

giuridico criminale, ossia di un ordinamento che rende *obbligatorio* per molti, e, potenzialmente, per tutti i consociati, compiere degli atti, non solo generalmente considerati riprovevoli sul piano morale, ma tipizzati come criminali dalla generalità degli ordinamenti giuridici statali. Il riferimento storico è, naturalmente, alla Germania hitleriana e, in minor misura, all'Unione Sovietica del regime staliniano, ma si tratta di una riflessione giustamente condotta nella prospettiva del possibile ripetersi di altre situazioni simili in un qualche contesto futuro.

Orbene, di fronte a un simile interrogativo (intricatissimo e gravido di problemi), la tesi di Magrì sembra essere favorevole all'individuazione, quantomeno negli eventuali casi futuri (casi di cui, naturalmente, nessuna persona di buon senso si augura il verificarsi...) di una responsabilità dei singoli consociati, in quanto membri di un popolo, per l'osservanza dell'insieme delle norme di un eventuale ordinamento "criminale", sul presupposto che, senza tale generalizzata osservanza, l'ordinamento potrebbe non riuscire a sussistere.

La questione, a cavallo tra passato e futuro, e tra morale e politica, appare certamente stimolante e ci auguriamo che, in futuro, l'Autore ce ne vorrà regalare una più ampia e distesa trattazione, oltre i limiti inevitabilmente imposti da un'appendice. Si potrà così tematizzare più diffusamente, per esempio, la relazione tra responsabilità di un popolo in quanto insieme di consociati, responsabilità del singolo e responsabilità di uno Stato⁹, in quanto ente esponenziale di cui il popolo sarebbe, più che un organo, il fondamento trascendentale.

Scopriamo, quindi, in ultima analisi, che il testo di Magrì, oltre che una bussola, come ogni libro ben riuscito, è anche un pungolo, che mira a non accomodarsi né farci accomodare sulle "certezze" acquisite, ma ci fornisce nuove domande su cui cercare risposte anche oltre il testo medesimo. D'altra parte, da Socrate in poi, il compito del filosofo non è forse quello di porre delle buone domande?

⁹ Sulla dibattuta questione del rapporto tra responsabilità di uno Stato per violazioni dei diritti umani fondamentali protetti da norme internazionali di *ius cogens* e immunità dello Stato operante *iure imperii*, in giurisprudenza si vedano almeno Cass. Sez. Un. sent. n. 5044 dell'11.03.2004; Corte int. di giust. sent. del 03.02.2012 in *causa Repubblica Federale di Germania c. Repubblica Italiana*; Cass. Sez. Un. sent. n. 4284 del 21.02.2013; Corte Cost. sent. n. 238 del 22.10.2014; Trib. di Firenze sent. del 06.07.2015 e Trib. di Sulmona sent. del 02.11.2017.

Riferimenti bibliografici

- ARENDRT H. 2009. *Sulla rivoluzione*, Einaudi (ed. or. *On Revolution*, Penguin Books, 1963, trad. it. di M. Magrini).
- AULETTA G. 2019. *Inclusione, ritrazione o relazione? Note sui rapporti interordinamentali a partire dal concetto di confine*, in «Teoria e Critica della Regolazione Sociale», 1, 2019, 137 ss.
- BATTISTI C., ALESSIO G. 1975. *Dizionario Etimologico Italiano*, Barbera.
- BRIZZI G. 2020. *Gli eserciti nel mondo classico – Il guerriero, l’oplita, il legionario*, ed. spec., Corriere della Sera (ed. or. *Gli eserciti nel mondo classico – Il guerriero, l’oplita, il legionario*, il Mulino, 2002).
- ERNOUT A., MEILLET A. 2001. *Dictionnaire étimologique de la langue latine – Histoire de mots*, 4 ed., Klincksieck (ed. or. 1932).
- FALOPPA F. 2020. # *Odio: Manuale di resistenza alla violenza delle parole*, Utet.
- HABERMAS J. 2008. *L’inclusione dell’altro. Studi di teoria politica*, Feltrinelli (ed. or. *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie*, Suhrkamp, 1996, trad. it. di L. Ceppa).
- MAGRÌ G. 2020. *Popolo, Nazione ed esclusi – Tra mito e concetto*, con *Postfazione* di Alessio Lo Giudice, Castellevecchi.
- WITTGENSTEIN L. 1967. *Ricerche filosofiche*, Einaudi (ed. or. *Philosophische Untersuchungen*, Basil Blackwell, 1953, trad. it. di R. Piovesan e M. Trinchero).

RATIO DECIDENDI

a cura di GAETANO CARLIZZI e GIORGIO PINO

ARGOMENTI E STRATEGIE
NELLA SENTENZA
CORTE COST. 186/2020
SULL'ISCRIZIONE
ANAGRAFICA DEI
RICHIEDENTI ASILO

ROBERTO **BIN**



Argomenti e strategie nella sentenza Corte cost. 186/2020
sull'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo

Arguments and strategies in the judgment Corte cost. 186/2020
on the asylum-seekers registration in the Registry Office

ROBERTO BIN

Professore emerito di Diritto costituzionale nell'Università di Ferrara.

E-mail: bnb@unife.it

ABSTRACT

La nota individua, innanzitutto, le due principali forme del giudizio di ragionevolezza della giustizia costituzionale, quello di ragionevolezza comparativa e quello di ragionevolezza intrinseca. Essa si concentra, poi, sulla sentenza Corte costituzionale 186/2020, che ha dichiarato l'incostituzionalità di alcune norme in materia di iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo, analizzando l'uso che il giudice delle leggi ha fatto dei due suddetti argomenti, nonché le strategie di semplificazione preliminarmente attuate a tal fine.

First of all, the comment explains the two main forms of reasonableness judgement in the field of the constitutional justice, concerning, respectively, the comparative and the intrinsic reasonableness. Furthermore, the comment focuses on the judgment of the Italian Constitutional Court 186/2020, which has declared unconstitutional some rules on the asylum-seekers registration in the Registry Office: it analyzes how the Court has used the above mentioned arguments as well as some preliminary strategies of simplification.

KEYWORDS

Corte costituzionale, giudizio di ragionevolezza comparativa, *ratio legis*, giudizio di ragionevolezza intrinseca, congruità teleologica, iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo

Constitutional Court, comparative reasonableness judgment, *ratio legis*, intrinsic reasonableness judgment, teleological coherence, asylum-seekers registration in the Registry Office

ALLEGATI

Corte costituzionale, sentenza 186/2020

Argomenti e strategie nella sentenza Corte cost. 186/2020 sull'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo

ROBERTO BIN

ALLEGATI: Corte costituzionale, sentenza 186/2020

1. La sentenza 186/2020 della Corte costituzionale costituisce un buon esempio di giudizio di ragionevolezza “intrinseca”. Per lo più la Corte pronuncia sulla ragionevolezza di una norma in raffronto con un'altra norma (il *tertium comparationis*), secondo uno schema triangolare che ha come vertice la *ratio legis* della norma presa a confronto. Quando il triangolo si chiude, vuol dire che le due norme poste a confronto condividono l'*eadem ratio*, sicché, dal punto di vista della *ratio legis* della norma presa a confronto, non è ragionevolmente ammissibile che il rapporto disciplinato dalla norma impugnata sia escluso dal regime previsto dalla norma assunta a confronto; mentre “triangolo” non vi sarà neppure se la diversità di *rationes* delle due norme comparate impedisce di fissare il “vertice” dello schema (con conseguente illegittimità delle eventuali parificazioni di trattamento legislativo).

2. Preliminare a questo ragionamento è dunque la definizione della *ratio legis*, cioè dello scopo al cui raggiungimento è preordinata la norma – *tertium comparationis*. Svolto questo primo passaggio, e dando per scontato che la *ratio* corrisponda ad uno scopo lecito e non palesemente privo di fondamento (vale la contrapposizione bobbiana tra la «ragione della esistenza» della norma e la «ragione della sua verità»), si può procedere oltre. Nel caso in esame la Corte si sofferma *funditus* sulla ricostruzione della *ratio* e ciò per un motivo specifico: la disciplina impugnata è contenuta in un decreto legislativo di attuazione di una direttiva UE in materia di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale¹. Si tratta di una tipologia di fonte per la quale la Corte stessa pretende che le norme varate dal Governo, e quelle eventualmente “aggiunte” in sede di conversione dal Parlamento, siano legate da omogeneità di oggetto e “coperte” dalle esigenze di urgenza e straordinarietà giustificative del provvedimento legislativo. Ragione per la quale la Corte individua lo “scopo” del provvedimento a partire in primo luogo dal suo titolo e dalla motivazione contenuta nel preambolo del decreto legge (che, in quanto provvedimento dell'esecutivo, deve essere adeguatamente motivato, mentre le leggi formali in Italia – con la sola eccezione delle leggi della Regione Toscana – non lo sono), estendendo l'analisi, ma solo per le norme aggiunte in sede di conversione, ai lavori preparatori delle legge formale.

Si noti che, trattandosi di un provvedimento dalla forte connotazione politica (è uno dei famigerati “decreti Salvini”), questa strategia pone la Corte al riparo dal coinvolgimento nelle motiva-

¹ Più precisamente, nell'art. 4, comma 1-bis, del decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142 (Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale), come introdotto dall'art. 13, comma 1, lettera a), numero 2), del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113 (Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata), convertito, con modificazioni, nella legge 1° dicembre 2018, n. 132.

zioni *politiche* del decreto-legge: le è sufficiente la motivazione addotta dal Governo, basata sul proposito del legislatore di «liberare le amministrazioni comunali, sul cui territorio sono situati i centri di accoglienza degli stranieri richiedenti asilo, dall'onere di far fronte agli adempimenti in materia di iscrizione anagrafica degli stessi» e sul «dichiarato obiettivo dell'intervento normativo di aumentare il livello di sicurezza pubblica». Finalità che alla Corte appaiono accettabili: «di fronte al massiccio afflusso dei richiedenti asilo e ai complessi problemi inerenti alla sua gestione, non si può considerare manifestamente arbitraria la valutazione del Governo sull'esistenza dei presupposti del decreto-legge». Non che vi sia una emergenza tale da richiedere l'uso del provvedimento d'urgenza («l'art. 13 e le norme collegate non affrontano una nuova emergenza»), ma – osserva la Corte – «la persistenza di un problema può concretare le ragioni di urgenza», specie se si agisce in attuazione di un preciso indirizzo politico, rientrando nel programma del Governo. L'urgenza – sembra dire la Corte, con un'argomentazione che non è del tutto persuasiva – non sta nelle cose, come sarebbe normale per il decreto-legge (che, secondo l'art. 77 Cost., può essere emanato esclusivamente «in casi straordinari di necessità e d'urgenza»), ma nella pressione politica derivante dall'esigenza di attuare gli indirizzi programmatici del Governo.

3. L'apertura che la Corte mostra sul punto della necessità e urgenza del provvedere serve per prendere l'abbrivio necessario per il netto cambio di rotta nel giudizio di “congruità” tra mezzo e fine. Il fine è accettato, ma le norme impugnate non sono strumentalmente efficienti, non servono cioè a realizzare l'obiettivo. Anzi, promettono di produrre effetti che lo allontanano, sono cioè controproducenti. Ecco che si profila “l'irrazionalità intrinseca” della disposizione censurata, a causa della incoerenza rispetto alle finalità dichiarate. «Infatti» – argomenta la Corte – «a dispetto del dichiarato obiettivo dell'intervento normativo di aumentare il livello di sicurezza pubblica, la norma in esame, impedendo l'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo, finisce con il limitare le capacità di controllo e monitoraggio dell'autorità pubblica sulla popolazione effettivamente residente sul suo territorio, escludendo da essa una categoria di persone, gli stranieri richiedenti asilo, regolarmente soggiornanti nel territorio italiano».

Il ragionamento della Corte è lineare. Vi è un generale obbligo dei Comuni di registrare la popolazione residente. È indubbiamente un onere amministrativo, che si basa su una «“presa d'atto” formale della presenza (qualificata in termini di dimora abituale) di una persona»; su questa “presa d'atto” si fonda il sistema anagrafico, e rispecchia «la situazione effettiva dei residenti nel territorio comunale», cioè «il presupposto necessario per l'adeguato esercizio di tutte le funzioni affidate alla pubblica amministrazione, da quelle di sicurezza e ordine pubblico, appunto, a quelle sanitarie, da quelle di regolazione e controllo degli insediamenti abitativi all'erogazione di servizi pubblici, e via dicendo». Perciò, se si escludono dalla registrazione segmenti di popolazione effettivamente residenti, «la norma censurata accresce, anziché ridurre, i problemi connessi al monitoraggio degli stranieri che soggiornano regolarmente nel territorio statale anche per lungo tempo, in attesa della decisione sulla loro richiesta di asilo, finendo per questo verso col rendere problematica, anziché semplificare, la loro stessa individuazione a tutti i fini, compresi quelli che attengono alle vicende connesse alla procedura di asilo».

4. Qui si salda un ulteriore motivo di illegittimità, questa volta basato sullo schema triangolare dell'eguaglianza. Emerge infatti «l'irragionevole disparità di trattamento che la norma censurata determina tra stranieri richiedenti asilo e altre categorie di stranieri legalmente soggiornanti nel territorio statale, oltre che con i cittadini italiani». Come emerge con evidenza, si tratta di due diverse ipotesi di discriminazione: tra i richiedenti asilo e i cittadini italiani e tra essi e gli altri stranieri.

La Corte coglie il destro per ricordare la sua “gloriosa” giurisprudenza che riscrive l'art. 3 Cost. destituendo di significato il soggetto a cui esso garantisce la «pari dignità sociale», cioè il

requisito della cittadinanza. Sin dal 1967 – ricorda la Corte – si è superato «l'apparente ostacolo frapposto dal dato letterale dell'art. 3 Cost.», affermando che il principio di eguaglianza vale pure per lo straniero quando trattasi di rispettare i diritti fondamentali. Al legislatore è consentito introdurre regimi differenziati per gli stranieri solo «in presenza di una “causa” normativa non palesemente irrazionale o, peggio, arbitraria» (viene citata la sent. 432/2005), legata cioè a quelle specifiche «situazioni concrete» in cui la posizione dello straniero risulti oggettivamente diversa. Se l'iscrizione anagrafica è conseguenza del fatto oggettivo della legittima dimora abituale di una persona in un luogo determinato, «la circostanza che si tratti di un cittadino o di uno straniero, o di uno straniero richiedente asilo, comunque regolarmente insediato, non può presentare alcun rilievo ai suoi fini».

La discriminazione è doppia ed è legata alla stessa intrinseca irragionevolezza della norma: negando l'iscrizione anagrafica, infatti, la norma censurata «riserva un trattamento differenziato e indubbiamente peggiorativo a una particolare categoria di stranieri in assenza di una ragionevole giustificazione»: li discrimina sia nei confronti dei cittadini, sia nei confronti degli altri stranieri. Cuce loro addosso lo «stigma sociale dell'esclusione», a cui si ricollegano gli effetti negativi dell'impossibilità di ottenere la carta d'identità, e di incontrare maggiori difficoltà nell'accesso ai servizi pubblici. Uno *status* diminuito senza alcuna ragione giustificativa dichiarata e accettabile.

5. La motivazione piuttosto lineare prodotta dalla Corte è frutto anche di almeno due strategie di semplificazione del quadro giuridico in cui la Corte si muove.

A) da un lato, la Corte ritiene non attendibile l'*interpretazione conforme* della disposizione incriminata seguita da un certo numero di giudici, che hanno cercato di superare la tassatività della norma in via interpretativa screditandone la chiarezza e la precisione: essi partono dall'assunto che le modifiche introdotte non implicherebbero un divieto *tout court* di iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo, ma unicamente l'impossibilità di procedervi tramite la mera esibizione del permesso di soggiorno per richiesta di asilo². La Corte ritiene invece che il significato della norma sia chiaro e che i giudici remittenti lo abbiano inteso correttamente: a questa conclusione arriva attraverso un'interpretazione sistematica della disposizione, confermata anche dalla prassi applicativa seguita dall'amministrazione (e supportata da alcune circolari ministeriali) che suffraga un'ipotesi di “diritto vivente”.

B) dall'altro lato la Corte non affronta il problema, per il resto non direttamente sollevato dai remittenti, della compatibilità della disposizione incriminata con il diritto dell'Unione europea. Il decreto legislativo sottoposto a giudizio ha dato attuazione alle direttive europee in materia di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, direttive che hanno l'obiettivo di migliorarne l'accoglienza e di garantire loro un livello di vita dignitoso. In un'occasione immediatamente precedente (sent. 182/2020), la Corte aveva sollevato davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea una questione pregiudiziale avente ad oggetto la compatibilità con l'ordinamento europeo (inclusa la Carta dei diritti) delle norme interne che stabiliscono il requisito del permesso di soggiorno UE ai fini dell'erogazione agli stranieri, rispettivamente, dell'assegno di natalità e dell'assegno di maternità: in quella occasione la Corte ha ritenuto necessario «privilegiare il dialogo con la Corte di giustizia», piuttosto che giudicare il contrasto di tale disciplina con il principio costituzionale di eguaglianza. Questo della «doppia pregiudizialità» (costituzionale ed europea) è un tema al centro di un acceso dibattito e rispetto al quale la Corte, sin da un criticatissimo *obiter dictum* contenuto nella sent. 269/2017, mostra di non aver ancora definito un comportamento univoco. La

² Cfr. A. Buzzi - F. Conte, *Cade il divieto di iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo del “Decreto Salvini”: irrazionale anche nelle intenzioni*, in *laCostituzione.info*, 30 agosto 2020.

sentenza in esame evita di affrontare il problema e giudica esclusivamente della legittimità della disposizione legislativa in relazione all'art. 3 Cost.

6. Senza alcuna ulteriore motivazione, la Corte pronuncia l'illegittimità "conseguenziale" di tutte le disposizioni contenute nell'art. 13 d.l. 113/2018 che non erano state oggetto delle ordinanze di rimessione. Il motivo è che «il complesso delle disposizioni contenute nello stesso art. 13 costituisce [...] un insieme organico, espressivo di una logica unitaria, che trova il suo fulcro nel divieto di iscrizione anagrafica». L'art. 13 citato, abrogando l'articolo 5 *bis*, d.lgs. 142/2015, aboliva il meccanismo semplificato per l'iscrizione anagrafica: ora, dichiarata illegittima la norma abrogatrice, dovremmo trovarci davanti ad uno dei rari fenomeni di "riviviscenza" della norma abrogata.

indice

MONOGRAFICA

Earth Jurisprudence: new paths ahead
a cura di GIULIA SAJEVA

GIULIA SAJEVA

Earth Jurisprudence: new paths ahead 7-10

GIULIA SAJEVA

Do we Need Earth Jurisprudence?
Looking for Change in New Old Friends 11-28

RODRIGO MÍGUEZ NÚÑEZ

Soggettività giuridica e natura. Spunti per una riflessione civilistica 29-46

LIVIO PERRA

L'antropomorfizzazione giuridica 47-70

SOFIA CIUFFOLETTI

Have trees got standing?
A brief account of locus standi doctrines and case law in the environmental litigation
on the basis of the principle of effectiveness of rights 71-86

MATIJA ZGUR

All the Earth's legal children.
Some sceptical comments about Nature's legal personhood 87-101

GIADA GIACOMINI

The Interactive Dialogues of UN Harmony with Nature:
for a paradigmatic shift to Earth-centred governance 103-115

STUDI

FRANCESCO BELVISI

La retorica sui diritti dei minori e la responsabilità dei "maggiori" 119-135

CARLO BOTRUGNO

Tecnologie dell'informazione e della comunicazione e tutela della salute:
le sfide aperte tra protezione, circolazione e riutilizzo dei dati 137-164

MAURICIO MALDONADO-MUÑOZ

Por una genealogía de la constitución 165-191

GIUSEPPE ROCCHÉ

Rivoluzione morale
Struttura, limiti e risorse nascoste del progetto filosofico di Joshua Greene 193-211

ALESSANDRA SCIURBA

Diritti individuali vs. scopi collettivi?

I provvedimenti italiani in materia di immigrazione al tempo della pandemia 213-228

MASSIMO VOGLIOTTI

Per una nuova educazione giuridica 229-259

RECENSIONI

GIUSEPPE AULETTA

La bussola e il pungolo. Recensione di Popolo, Nazione ed esclusi

Tra mito e concetto di Giovanni Magrì 263-268

RATIO DECIDENDI

a cura di GAETANO CARLIZZI e GIORGIO PINO

ROBERTO BIN

Argomenti e strategie nella sentenza Corte cost. 186/2020

sull'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo 271-276

[ALLEGATI]

Corte costituzionale, sentenza 186/2020

Realizzato da rospeinfrantumi
per conto di Diritto & Questioni pubbliche (PA)
nel dicembre 2020