

DICEMBRE 2022

d
q

XXII. 2022/2

diritto & questioni pubbliche

VALORI, DIRITTI,
ARGOMENTI
ASSAGGI DI FILOSOFIA
DEL DIRITTO

COMITATO EDITORIALE

Direzione

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

Redazione

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

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 di Palermo) – 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 Michelon (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 (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)

© 2022, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo

www.dirittoeququestionipubbliche.it

ISSN 1825-0173

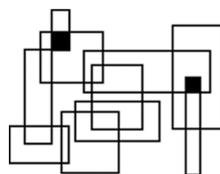
Double-Blind Peer Review

Banche dati: Scopus, Heinonline, Elsevier

Progetto grafico e impaginazione rospeinfrantumi

Tutti i diritti riservati

VALORI, DIRITTI,
ARGOMENTI
ASSAGGI DI FILOSOFIA
DEL DIRITTO



STUDI

*LA WORKABLE
DEMOCRACY*
NEL PENSIERO DEL
GIUDICE BREYER

PAOLO **BODINI**



La *workable democracy* nel pensiero del giudice Breyer

Workable democracy in the Thought of Justice Breyer

PAOLO BODINI

Assegnista di ricerca, Dipartimento di Filosofia e Beni Culturali, Università Ca' Foscari di Venezia.
E-mail: paolo.bodini@unive.it

ABSTRACT

Il paper delinea la filosofia del giudice della Corte Suprema Stephen Breyer attraverso una lettura delle sue opere e delle sue sentenze. Secondo Breyer, la Costituzione americana incarna la ricerca di un governo *workable*: un sistema istituzionale che garantisca la protezione dei diritti individuali, preservi il processo decisionale democratico e indirizzi verso buone politiche pubbliche. Lo scritto ricostruisce e discute questa tesi, sottolineandone sia le ambizioni che le contraddizioni. In particolare, l'insistenza di Breyer sul buongoverno rischia di destabilizzare la sua proposta teorica e aprire le porte all'elitismo. Lo scritto è diviso in quattro sezioni. La prima sezione giustifica l'interesse per la riflessione di Breyer, per la sua l'eredità intellettuale e la sensibilità ai pericoli dell'agonismo politico (*political partisanship*). La seconda sezione descrive i pilastri del pensiero costituzionale di Breyer, soffermandosi sull'analisi della libertà attiva dei cittadini nel quadro democratico. La terza sezione considera la funzione del buongoverno nella lettura del giudice e mostra come alcuni elementi della filosofia di Breyer finiscono per collidere. Infine, la quarta sezione discute le deludenti intuizioni di Breyer sui fondamenti dell'autorità pubblica della Corte. Contrariamente alle affermazioni di Breyer, l'unico modo per preservare la Corte dai "pericoli della politica" è immaginare nuove regole condivise per regolarne il lavoro e la composizione.

The paper draws the traits of the philosophy outlined by Supreme Court Justice Stephen Breyer in his works and decisions. In Breyer's view, the American Constitution embodies the quest of a *workable* government, that is, an institutional system ensuring the protection of individual rights, democratic decision-making, and sound public policies. The paper reconstructs and discusses this claim, emphasizing both its ambitions and contradictions. Particularly, Breyer's insistence on good government is at risks of destabilizing its theoretical proposal and open the doors to elitism. The paper is divided into four sections. The first section justifies the interest in Breyer's writings, legacy, and sensibility to the dangers of political partisanship. The second section describes the pillars of Breyer's constitutional thought by characterizing his analysis of citizens' *active liberty* in a democratic framework. The third section considers the function of good government in the reading of the Justice, showing how some elements of Breyer's philosophy collide. Finally, the fourth section discusses Breyer's disappointing insights on the foundations of Court's public authority. Contrary to Breyer's claims, the only way to preserve the Court from the "peril of politics" is imagining new shared rules to regulate its work and composition.

KEYWORDS

Stephen Breyer, democrazia e costituzionalismo, Corte Suprema degli Stati Uniti, buongoverno, political partisanship

Stephen Breyer, Democracy and Constitutionalism, Supreme Court of the United States, Good Government, Political Partisanship

La *workable democracy* nel pensiero del giudice Breyer

PAOLO BODINI

1. *Breyer: l'eredità di un giudice-teorico* – 2. *Workable democracy e active liberty* – 3. *L'altra faccia della workability* – 4. *Il "periglio" della politica*.

1. *Breyer: l'eredità di un giudice-teorico*

Ci sono almeno tre ragioni per considerare da vicino la filosofia del giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti Stephen Breyer. La prima, *ça va sans dire*, è che Breyer si è speso molto per lasciarne una: Breyer è un giudice-teorico del diritto e della democrazia¹. Non si tratta di un fatto scontato per un giudice della Corte Suprema². Breyer, infatti, non ha semplicemente scritto sentenze dal fortissimo interesse giusfilosofico e filosofico-politico, caratteristica – questa sì – immediatamente ritrovabile nel lavoro di qualsiasi altro togato del “*marble palace*”³. Breyer non si è limitato a lasciar cadere trucioli di teoria come esito collaterale della pratica giurisdizionale ma, più radicalmente, ha inteso l’elaborazione di una prospettiva concettuale sul diritto e la democrazia come un lascito doveroso del suo incarico. È in quest’ottica che Breyer rappresenta una voce vivace e proattiva nel dibattito pubblico statunitense, determinato e appassionato nello scrivere *sulle* sentenze della Corte Suprema (sue e di altri, del passato e del presente), oltre che nel prestarsi a spiegare, contestare e difendere i pronunciamenti del massimo tribunale americano da una posizione di primissima linea.

Ancora di più, Breyer ha cercato di condensare e ordinare le sue idee sulla democrazia e la funzione della Corte Suprema in libri e conferenze, indossando le vesti di un togato-teorico, quasi obbligato a tradurre la sua lunga esperienza nelle aule di giustizia americane in una visione coerente e spendibile di democrazia costituzionale. In questa luce, accanto al riferimento alle *opinions* redatte, il presente scritto attingerà copiosamente dalle opere pubblicate da Breyer nei 28 anni alla Corte di Washington, in particolare *Active Liberty: Interpreting Our Democratic Constitution* (2005); *Making Our Constitution Work: A Judge’s View* (2010); *The Authority of the Court and the Peril of Politics* (2021)⁴.

Un secondo motivo per interessarsi al lavoro di Breyer è il suo recente addio alla Corte Suprema. Il giudice di San Francisco ha annunciato in febbraio la sua intenzione di abbandonare il suo scranno a conclusione dell’anno giudiziario 2021-2022. Il 30 giugno 2022 ha amministrato il *judicial oath* alla giudice Ketanji Brown Jackson, che gli è ufficialmente subentrata come giudice associato

¹ A poco valgono le negazioni del nostro di averlo voluto fare; BREYER 2005, 110. Questo, semmai, suona come un *caveat* sulla frammentarietà della prospettiva offerta, segnata sempre – lo si mostrerà – da un grande pragmatismo, che però non impedisce affatto di individuare precisi capisaldi concettuali.

² Tendenzialmente, i giudici della Corte Suprema si astengono dal pubblicare libri di teoria costituzionale. Una spiegazione è avanzata da Posner. «A Supreme Court Justice writing a book about constitutional law is like a dog walking on his hind legs: The wonder is not that it is done well but that it is done at all. The dog’s walking is inhibited by anatomical limitations, the Justice’s writing by political ones. Supreme Court Justices are powerful political figures; they cannot write with the freedom and candor of more obscure people», POSNER 2006, 1699.

³ Il forte connotato filosofico della Corte si ritrova, per esempio, in Rawls. «Per controllare se stiamo seguendo la ragione pubblica possiamo chiederci come apparirebbe il nostro argomento se ci fosse presentato come parere della Corte Suprema: ragionevole o vergognoso?», RAWLS 1994, 214.

⁴ Importante anche il testo del 2015 che si concentra sugli interrogativi suscitati dalla politica estera americana, cfr. BREYER 2015.

della Corte. Questo elemento biografico fa da raccordo con l'analisi concettuale ed invita ad un bilancio sull'eredità di Breyer in raffronto a quella di altri illustri colleghi che, negli ultimi anni, hanno lasciato vacante la propria posizione nel più alto tribunale federale. Le morti dei giudici Scalia nel 2016 e Ginsburg nel 2020, in particolare, hanno innescato un risonante dibattito sull'importanza del loro lascito⁵. Rispetto, per esempio, all'eredità dei due defunti colleghi, Breyer risulta senz'altro meno iconico e mediatico dell'implacabile alfiere dell'originalismo Scalia o della strenua difensora dei diritti delle donne e delle minoranze Ginsburg. Piuttosto, Breyer lascia in dote un pensiero più sfumato, meno monolitico, denso di distinguo e non privo di contraddizioni. Nelle sentenze di Breyer, ricorre spesso un'attenzione alla gradualità (*degree*) più che alla scelta dei principi legali implicati, come scrisse nel suo dissenso in *Eldred v. Ashcroft*. «Legal distinctions, however, are often matters of degree. [...] And in this case the failings of degree are so serious that they amount to failings of constitutional kind»⁶. Ancora, nel suo dissenso in *District of Columbia v. Heller* sul possesso delle armi da fuoco, Breyer ritenne proporzionata la regolamentazione vigente nel Distretto di Columbia. Anche in quel caso, il ragionamento proposto non si concentrò sulla scelta fra alternative da ritenersi opposte, ma sulla ricerca di un equilibrio e una proporzionalità, insistendo sul legittimo tentativo della legge in esame di bilanciare gli interessi presenti “in entrambi i lati dell'equazione costituzionale” (la sicurezza pubblica e il diritto di portare armi accordato dal Secondo Emendamento della Costituzione)⁷. Sebbene chiaramente identificabile come membro dell'ala *liberal* della corte, Breyer ha però molto più in comune con un'altra ex giudice della Corte, incline al dialogo e al compromesso: Sandra O'Connor⁸. Esattamente in questi termini, Breyer lascia in eredità – forse più di quanto non voglia – la lucida percezione delle enormi difficoltà ed incertezze connesse all'esercizio dell'interpretazione costituzionale e all'impatto che la revisione giudiziaria (*judicial review*) può avere sulla pratica democratica.

Accanto alla vena esplicitamente teorica e al peso dell'eredità lasciata, un terzo elemento di interesse nel pensiero di Breyer si connette al particolare momento storico che sta vivendo la democrazia americana. Torniamo alle dipartite di Scalia e di Ginsburg. Il contraltare delle lodi pubbliche al loro servizio è stata la feroce battaglia politica innescata dalla necessità di nominare i successori. Le morti dei due giudici, soprattutto del primo, sono giunte inaspettatamente, rispettivamente a meno di un anno e meno di due mesi dalle elezioni presidenziali. In entrambi i casi erano i Repubblicani a controllare il Senato ed in entrambi i casi i senatori del *Grand Old Party* hanno adottato la strategia più vantaggiosa per far sì che il nominato alla successione fosse un profilo gradito al partito⁹. Così, alla morte di Scalia, lo schema è stato prima il respingimento del giudice Garland (designato da Obama) per attendere le elezioni del 2016 (poi vinte da Trump, che nominò il giudice Gorsuch nel 2017). Al contrario, alla morte di Ginsburg, lo stragemma consistette in un'approvazione fulminea della designata (il Senato confermò la giudice Barrett, nominata da Trump, una settimana prima che quest'ultimo perdesse le elezioni). La successione di Breyer è stata meno tumultuosa, ma non per questo scevra del sospetto di *partisanship*. Breyer, nominato dal Presidente democratico Clinton nel 1994, ha rimesso il mandato nelle mani del democratico Biden, permettendo al Senato, sempre controllato dai democratici, di confermare la designata per la successione prima che gli elettori potessero mutare i rapporti di forza fra i partiti. In nessuna delle tre votazioni del Senato per la conferma della nomina (Gorsuch, Barrett, Brown Jackson), si è verificata una convergenza in aula: la scelta di un giudice su-

⁵ Si veda per esempio SUNSTEIN 2016 e HITT 2017 su Scalia, DODSON 2015 su Ginsburg.

⁶ *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003), Breyer dissenting, 243.

⁷ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), Breyer dissenting, 10. Si ringrazia uno dei referee per avermi suggerito di considerare il caso e i concetti implicati. Breyer propone altri esempi a difesa di un simile approccio discutendo il concetto di *proportionality*, cfr. BREYER 2010, 163-171.

⁸ GEWIRTZ 2006, 1678 s.

⁹ I giudici federali vengono nominati dal Presidente e confermati dal Senato (Articolo 2, sezione 2 della Costituzione).

premo, cioè della massima figura di garanzia del sistema istituzionale americano, è sempre passata con strettissime maggioranze, riflesso cristallizzato degli schieramenti in campo¹⁰.

La cronaca della successione di Breyer e dei defunti colleghi porta esattamente al terzo punto per cui risulta degna di attenzione e approfondimento la sua filosofia: il rapporto fra la Corte e la politica. Un tema sviluppato con lucidità da Breyer nei suoi scritti riguarda proprio il fragoroso scontro fra i partiti per la nomina dei giudici. La durezza della contesa lascia intendere che la “conquista” di uno scranno alla Corte Suprema sia ben lungi dall’essere intesa come la scelta di un giurista a tutela della legge e della Costituzione. Piuttosto, i nove togati sono vagliati dagli eletti come strumento politico per scrivere le regole della società, in modo ancor più duraturo e profondo di quanto riescano a fare Presidenti e legislatori. Si pensi, a mero titolo di esempio, all’impatto delle due sentenze del giugno 2022 sul diritto di portare armi da fuoco (*New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*) e il diritto ad abortire (*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*)¹¹.

Il problema su cui Breyer porta a riflettere e su cui il presente contributo si sofferma è il rischio che l’antagonismo politico penetri nel lavoro della Corte e ne comprometta la legittimità. Questo punto tocca il grande dibattito sul *judicial review* e la “difficoltà contro-maggioritaria”¹² in seno alle democrazie costituzionali. Temi, è bene notarlo, ancor più nodali se accostati alle opposte ondate di populismo ed epistocrazia¹³ che tanto hanno caratterizzato il dibattito recente sulla democrazia e il suo futuro. Il proseguito dell’analisi si struttura in tre ulteriori sezioni. Nella prossima sezione si esporrà l’idea di Breyer secondo cui la Costituzione identifica tre obiettivi interconnessi (diritti, democrazia, buongoverno) da realizzare attraverso una valorizzazione dell’autogoverno popolare. Nella terza sezione si considera la funzione del buongoverno, mostrando come alcuni elementi della filosofia di Breyer entrino in collisione. Nella quarta sezione, si affronteranno infine le intuizioni di Breyer, piuttosto deludenti, sui fondamenti dell’autorità pubblica posseduta dalla Corte e i modi per preservarla dalla spaccatura ideologica che caratterizza l’odierna politica americana.

2. *Workable democracy e active liberty*

Un concetto cardinale nella riflessione e nel lavoro di Breyer è quello della *workability*, applicata dal giurista di San Francisco prima all’intero impianto democratico americano e poi, più nel par-

¹⁰ Nelle ultime quattro *confirmation* vi sono stati soltanto casi isolati di sostegno al giudice nominato dal Presidente del partito avversario. Gorsuch è stato confermato 54-45 (tre democratici a favore); Kavanaugh 50-48 (un democratico a favore); Barrett 52-48 (nessun democratico a favore); Brown Jackson 53-47 (tre repubblicani a favore). A titolo di esempio, Scalia e Ginsburg, entrambi candidati portatori di una marcata filosofia giudiziaria, furono confermati rispettivamente nel 1986 e 1993 con 98 e 96 voti favorevoli. Vi sono, certamente, altri casi più risalenti di scontri politici sulla nomina dei giudici della Corte Suprema. Oggi, però, le tensioni sono la norma, non l’eccezione.

¹¹ Quest’ultimo pronunciamento ha, a sua volta, ribaltato un precedente storico dal fortissimo impatto politico, la sentenza *Roe v. Wade* del 1973.

¹² Il termine è stato coniato da Bickel nell’analisi del *judicial review*. Secondo l’autore, il potere delle corti rappresenta una forza opposta alla volontà del popolo, che si concretizza attraverso le decisioni dei legislatori e dei governanti eletti. La difficoltà contro-maggioritaria consiste dunque, per Bickel, nell’essenza antidemocratica dello stesso *judicial review*, cfr. BICKEL 1962, 16-23. Questa prospettiva viene sviluppata in TUSHNET 1999 e CHERMERINSKY 2014. Sull’altro versante, in difesa della democraticità del *judicial review*, sono le tesi avanzate da Ely, cfr. ELY 1980. Nel proseguito dell’analisi si mostrerà la vicinanza di Breyer con l’opera di Ely. Un recente dibattito sulla difficoltà contro-maggioritaria è stato ospitato dalla *California Law Review*, in cui si enuclea l’essenza contro-maggioritaria che sta assumendo lo stesso processo elettorale, per colpe tanto della politica quanto delle toghe; cfr. KARLAN 2021, TOLSON 2021; BAUDE 2021. Nel panorama italiano, sono da segnalare gli studi di BARBISAN 2008, BARBISAN 2021.

¹³ Secondo i sostenitori dell’epistocrazia, il potere politico andrebbe distribuito in funzione della conoscenza. Questo darebbe un peso maggiore ad esperti e cittadini informati. L’epistocrazia rappresenta un possibile strumento normativo per superare in senso epistemico il criterio di maggioranza che, nella visione degli “epistocrati”, premia incompetenti e disinformati; cfr. BRENNAN 2016.

ticolare, alle sentenze della Corte Suprema. Con *workability*, Breyer intende il potenziale buon funzionamento delle istituzioni disegnate dalla Costituzione che, in second'ordine, i pronunciamenti della Corte devono favorire. Nella prospettiva di Breyer, le istituzioni americane devono funzionare in rapporto a tre finalità: proteggere i diritti individuali della cittadinanza, rafforzare la democraticità delle decisioni pubbliche e, infine, assicurare il buongoverno (*sound public policies*)¹⁴. Già questa prima sottolineatura discosta Breyer dall'ortodossia del costituzionalismo contemporaneo: la Costituzione non è qui semplicemente intesa alla luce del reciproco rimando fra la protezione dei diritti individuali e la legittimazione derivante da tale tutela¹⁵. A questa necessaria garanzia, infatti, Breyer aggiunge l'assicurazione che l'ordine costituzionale rappresenti il dispositivo normativo per giungere a regole munifiche e ad un'organizzazione razionale della società. In quest'ottica, l'autore intende l'arrivo al buongoverno come obiettivo della Costituzione e dei giudici supremi – un tratto fondamentale del suo pensiero su cui torneremo nella prossima sezione.

Ad una prima lettura, è la democrazia ad emergere come obiettivo prioritario del costituzionalismo di Breyer, che si impegna a più riprese nella ricerca di una democrazia “che possa funzionare” (*workable democracy*). In *Active Liberty*, questo elemento ritorna più volte. «In sum, our constitutional history has been a quest for workable government, workable democratic government, workable democratic government protective of individual personal liberty»¹⁶. «The Framers [...] sought to create a workable democracy—a democratic process capable of acting for the public good»¹⁷. Il tema viene riproposto nel successivo volume intitolato proprio *Making Our Democratic Constitution Work*. La seconda parte dell'opera si propone di sviscerare il fattore comune delle sentenze che hanno saputo realizzare le promesse iscritte nel dettato costituzionale e, anche in questo caso, l'attenzione alla *workability* ritorna: “decisions that work”. Ancora, nel suo scritto più recente, Breyer ribadisce: «the Constitution itself seeks to establish a workable democracy, to protect basic human rights, and to help hold together a highly diverse society»¹⁸.

Le analisi di Breyer enucleano tre obiettivi fondamentali della carta costituzionale americana: la tutela dei diritti individuali, la deferenza per la volontà politica espressa dagli elettori, la ricerca del buongoverno. La Corte Suprema gioca un ruolo primario nell'equilibrare le tensioni fra diritti, democrazia e buongoverno. Secondo Breyer, i giudici devono avere come bussola la democrazia per mezzo della libertà attiva (*active liberty*). Il riferimento è ovviamente a Benjamin Constant, alla “libertà *di*” intesa come partecipazione, autodeterminazione, autogoverno¹⁹, contrapposta alla “libertà negativa” – libertà *da* – che è invece assenza di impedimenti e interferenze esterne nell'esercizio del proprio libero arbitrio. L'azione dei giudici deve innanzitutto proteggere la partecipazione dal basso della cittadinanza e affermare così la natura democratica della Costituzione. «[I]t should be possible to trace without much difficulty a line of authority for the making of governmental decisions back to the people themselves [...]. And this authority must be broad. The people must have room to decide and leeway to make mistakes»²⁰. La funzione *democratizzante* dei giudici supremi americani è stata fortemente difesa da Ely, la cui influenza sul pensiero di Breyer viene ravvisata da diversi critici²¹. Nella prospettiva di Ely, il potere delle corti tutela la rappresentanza delle minoranze neglette o escluse dal processo elettorale. Questo, argomenta Ely, costituisce un riparo istituzionale necessario, che controbilancia l'idea repubbli-

¹⁴ BREYER 2005, 17, 29, 74.

¹⁵ PINO 2017, 17.

¹⁶ BREYER 2005, 29.

¹⁷ BREYER 2005, 75.

¹⁸ BREYER 2021, 42.

¹⁹ BREYER 2005, 3.

²⁰ BREYER 2005, 16.

²¹ Cfr. SUNSTEIN 2006, GEWIRTZ 2006 e POSNER 2006.

cana interna alla Costituzione secondo cui il popolo rappresenta un'entità omogenea per interessi e valori²². In questa lettura, dunque, il *judicial review* deve essere strumentale all'avanzamento della partecipazione democratica, ergendosi a scudo delle minoranze isolate dalla maggioranza o, più realisticamente, da cartelli di minoranze alleate e quindi dominanti²³.

Inserendosi in questo alveo giusfilosofico, Breyer caratterizza il concetto di *active liberty* come la via per affermare la democraticità della Costituzione ma anche il criterio ermeneutico per la salvaguardia dei diritti individuali e la realizzazione del buongoverno: «institutions and methods of interpretation must be designed in a way such that this form of liberty is both sustainable over time and capable of translating the people's will into sound policies»²⁴. In quest'ottica, la Corte Warren rappresenta per Breyer un esempio fulgido di difesa della "libertà attiva"²⁵, promossa dalla vigorosa affermazione dei diritti individuali e dalla democratizzazione del processo elettorale operate negli anni '50 e '60²⁶. Sono chiaramente le elezioni a rappresentare un ambito cruciale per la realizzazione della *workable democracy* attraverso la libertà attiva. Questo spiega l'importante produzione giurisdizionale di Breyer in materia elettorale, specialmente in merito a finanziamenti elettorali, *gerrymandering*²⁷ e meccanismi di protezione del diritto di voto (specie delle minoranze)²⁸. Fra le altre²⁹, vi sono tre *opinions* redatte da Breyer che catturano la difesa dell'integrità del processo elettorale in vista dei due principi sopra discussi.

In *Colorado Republican Federal Campaign Committee v. FEC* (1996), Breyer scrive la *plurality opinion* che sancisce la costituzionalità delle *independent expenditures* da parte dei partiti politici³⁰. Breyer sostiene la costituzionalità delle limitazioni alle spese dei partiti ma giustifica la possibilità da parte dei partiti di impiegare risorse economiche svincolate dal sostegno ai candidati.

«A political party's independent expression not only reflects its members' views about the philosophical and governmental matters that bind them together, it also seeks to convince others to join those members in a practical democratic task, the task of creating a government that voters can instruct and hold responsible for subsequent success or failure»³¹.

Il punto enucleato da Breyer riguarda la funzione dei partiti politici in una *workable democracy*. Il tipo di spese in esame da parte dei partiti non può essere limitato perché serve un fine democratico.

²² ELY 1980, 81 s.

²³ ELY 1980, 79-82 e 86.

²⁴ BREYER 2005, 17.

²⁵ L'elogio della Corte Warren è un ulteriore elemento in comune fra Breyer ed Ely. Quest'ultimo dedicò *Democracy and Distrust* proprio al giudice Warren.

²⁶ BREYER 2005, 13. Negli anni di Warren (1953-1969) venne resa incostituzionale la segregazione razziale nelle scuole (*Brown v. Board of Education*) e la *poll tax* (*Harper v. Virginia State Board of Elections*); espanso il diritto di parola fatto salvo l'incitamento ad azioni illegali (*Brandenburg v. Ohio*); affermato il principio "una persona un voto" (*Baker v. Carr*; *Wesberry v. Sanders*; *Reynolds v. Sims*).

²⁷ La pratica del *gerrymandering* consiste nel tracciare i confini dei collegi elettorali maggioritari in funzione della distribuzione dell'elettorato così da favorire la propria parte politica. Il nome deriva dal governatore del Massachusetts Elbridge Gerry (1744-1814), che compose dei collegi a forma di salamandra (*salamander*). Da qui il composto *gerrymandering*.

²⁸ Su quest'ultima materia si veda l'opinione dissenziente di Ginsburg in *Shelby County v. Holder* (2013), sostenuta da Breyer.

²⁹ Si veda anche *Nixon v. Shrink Missouri Government PAC* (2000), *Rucho v. Common Cause* (2019) e *FEC v. Ted Cruz for Senate* (2022).

³⁰ Con *independent expenditures* si fa riferimento alle spese elettorali a sostegno o a contrasto di un candidato senza coordinamento con altri soggetti in corsa. Il caso menzionato sorse dall'esborso da parte del Partito Repubblicano del Colorado per pagare una pubblicità radiofonica contro il probabile candidato democratico alla carica di senatore. Il Partito Repubblicano ricorse alle *independent expenditures* perché non sostenne alcun candidato alternativo e, comunque, agì senza coordinarsi con gli sfidanti del politico bersagliato.

³¹ *Colorado Republican Federal Campaign Committee v. FEC*, 518 U.S. 604 (1996), Breyer opinion, pp. 615 s.

co, quello di aggregare persone intorno ad una concezione politica e, ancor più importante, a mobilitarle come rappresentati dinamici. L'attivismo dei partiti attraverso le *independent expenditures* rivitalizza la *active liberty* degli individui e irradia in società la democraticità della Costituzione.

Un secondo parere significativo è connesso alla pratica del *gerrymandering*. In *Vieth v. Jubelirer* (2004), la Corte non si pronunciò sulla sua incostituzionalità perché incapace di stabilire un chiaro standard legale di illegittimo *gerrymandering*³². La sentenza consolidò il ricorso al *gerrymandering* da parte dei partiti, fino a raggiungere proporzioni ancor più preoccupanti³³. Breyer dissente dalla conclusione della maggioranza, individuando il rischio di uno “spostamento sismico”³⁴ dal numero dei voti al numero degli eletti. Il *gerrymandering* permette infatti al partito che se ne serve di ridurre il rischio di perdere il potere attraverso una redistribuzione territoriale dei voti contrari. Ecco il sisma per l'ideale della *workable democracy*.

«[U]se of purely political boundary-drawing factors can amount to a serious, and remediable, abuse, namely the unjustified use of political factors to entrench a minority in power. By entrenchment I mean a situation in which a party that enjoys only minority support among the populace has nonetheless contrived to take, and hold, legislative power»³⁵.

Il concetto latente nel dissenso di Breyer è la necessità di realizzare una simmetria fra partiti (*partisan symmetry*)³⁶ tale per cui i partiti posseggano la stessa capacità di tradurre in eletti i propri voti³⁷. Anni dopo, Breyer scriverà che, se potesse ribaltare tre casi in cui fu in minoranza, inserirebbe *Vieth v. Jubelirer* nella lista³⁸.

Tornando ai finanziamenti elettorali, Breyer stila un importante dissenso in *McCutcheon v. FEC* (2014), una sentenza che, insieme a *Citizens United v. FEC* (2010)³⁹, stravolge la giurisprudenza americana sul tema⁴⁰. *McCutcheon* sancisce l'incostituzionalità di qualsiasi limite alle donazioni elettorali da parte degli individui⁴¹. La decisione della Corte di permettere ad un donatore di elargire illimitate somme di denaro – in opposizione alle leggi vigenti e ai precedenti⁴² – costituisce per Breyer una compromissione dell'integrità e della legittimità del processo democratico⁴³. L'errore, scrive Breyer, consiste nella ristretta definizione di corruzione adottata dalla maggioranza, che non considera corruttivo l'acquisto di un'influenza diretta sugli eletti da parte di ricchi contribuenti. «Where enough money calls the tune, the general public will not be heard. Insofar as corruption cuts the link between political thought and political action, a free marketplace of political ideas loses its point»⁴⁴. Altrettanto nociva, accanto all'influenza privilegiata dei cittadini più facoltosi, è la semplice *percezione* che il processo sia sotto il controllo dei più abbienti. «The “appearance of corruption” can make matters worse. It can lead the public to

³² I collegi americani vengono ridisegnati ogni 10 anni per recepire i mutamenti demografici e finiscono così preda, riconosce Breyer stesso, delle manipolazioni dei partiti. Questo elemento rende complicata l'individuazione di un grado illegittimo di intervento.

³³ MCGANN, SMITH, LATNER, KEENA 2016.

³⁴ *Vieth v. Jubelirer*, 541 U.S. 267 (2004), Breyer dissenting, p. 4 s

³⁵ *Vieth v. Jubelirer*, 6.

³⁶ HASEN 2020, 53 s.

³⁷ Il problema viene affrontato più da vicino in *Gill v. Whitford* (2018) e *Rucho v. Common Cause* (2019). Sull'impatto e il significato di *Rucho*, in particolare, cfr. STEPHANOPOULOS 2019.

³⁸ BREYER 2010, 161 s.

³⁹ Anche in quell'occasione Breyer dissente, sostenendo il vigoroso parere contrario di Stevens.

⁴⁰ YOUN 2011; TEACHOUT 2014.

⁴¹ La precedente *Citizens United*, facendo sempre leva sul primo emendamento, aveva dichiarato incostituzionali le restrizioni di spesa per fini elettorali a sindacati, corporations e organizzazioni.

⁴² *Federal Election Campaign Act* (1971); *Bipartisan Campaign Reform Act* (2002); *Buckley v. Valeo* (1976).

⁴³ *McCutcheon v. Federal Election Commission*, 572 U.S. 185 (2014), Breyer dissenting, p. 2.

⁴⁴ *McCutcheon v. Federal Election Commission*, 6.

believe that its efforts to communicate with its representatives or to help sway public opinion have little purpose»⁴⁵. Come è stato notato, questa decisione della Corte compromette drasticamente l'ideale egualitario che anima la democrazia, istituzionalizzando la superiorità di certe voci ed interessi nel dibattito pubblico⁴⁶. Come ebbe a scrivere il giudice Stevens nel suo *dissent* in *Citizens United*: «[a] democracy cannot function effectively when its constituent members believe laws are being bought and sold»⁴⁷. In altri termini, il funzionamento della democrazia – la sua *workability* – non può tradursi nel dominio dei più ricchi ma, piuttosto, deve essere caratterizzato dall'esercizio della libertà attiva da parte di tutto il demos.

3. *L'altra faccia della workability*

La difesa del processo elettorale dalle potenziali derive descritte, connesse specialmente a *gerrymandering* e finanziamenti, riconnette la *workability* democratica all'autogoverno popolare e all'invocata tutela della “libertà attiva”. Due dei tre fuochi costituzionali individuati da Breyer (diritti individuali, democrazia, buongoverno) sono coerentemente tematizzati e difesi nelle *opinions* appena illustrate. La Corte, denuncia Breyer, deve ostacolare l'eccessiva influenza dei più abbienti e la manipolazione dei collegi che, rispettivamente, discriminano il valore dei diritti politici e falsificano la determinazione della volontà popolare. Come si è cercato di mostrare, per Breyer il lavoro dei giudici nell'impianto costituzionale americano deve essere innanzitutto volto alla democraticità delle decisioni pubbliche e all'affermazione della partecipazione dal basso. «We judges cannot insist that Americans participate in that government. But we can make clear that our Constitution depends upon it. Their participation is necessary»⁴⁸.

In questo deciso slancio democratico, resta però marginale il terzo fuoco della teoria di Breyer sulla *workable democracy*: la garanzia che la Costituzione instradi verso il buongoverno. Questa prospettiva – lo si è sottolineato – resta assolutamente irrinunciabile per il togato di San Francisco, che intravede nell'eredità dei *Framers* l'indirizzo verso politiche pubbliche assennate e intende la funzione del giudiziario anche alla luce di questo terzo obiettivo. L'accento sul buongoverno, tuttavia, crea non pochi problemi alla solidità della proposta teorica edificata su *active liberty* in vista di una *workable democracy*. Il buongoverno, si cercherà di mostrare, costituisce un elemento di fortissima destabilizzazione, se non di autentica contraddizione rispetto alla prospettiva “democratica” offerta da Breyer e discussa nella precedente sezione. Al Breyer dell'autogoverno popolare nel segno della “libertà attiva” sembra contrapporsi un Breyer schiettamente tecnocrate ed elitista. In sintesi, all'appassionata difesa di una democrazia *bottom up* si sostituisce una visione *top down* del processo decisionale, dominato dalle preferenze degli esperti e dalla loro custodia dell'efficienza amministrativa.

La sensibilità tecnocratica di Breyer per la buona amministrazione discende dall'esperienza maturata nello studio del diritto amministrativo e i problemi regolatori. Breyer insegnò la materia ad Harvard, diventandone un rinomato studioso con importanti opere in materia⁴⁹. Tale sensibilità rimarrà un tratto indelebile del suo pensiero, rintracciabile anche nelle opere scritte da giudice della Corte Suprema. Nel suo ultimo testo sul tema, *Breaking the Vicious Cycle: Toward Effective Risk Regulation* (1993), Breyer auspica una crescente influenza degli esperti nella determinazione e realizzazione delle politiche pubbliche. Nelle pagine dell'opera, Breyer tradisce una

⁴⁵ *McCutcheon v. Federal Election Commission*, 7.

⁴⁶ ALEXANDER 2011, 521 s.

⁴⁷ *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010), Stevens dissenting, 63.

⁴⁸ BREYER 2005, 94.

⁴⁹ Fra le altre, *Energy Regulation by the Federal Power Commission* (scritta con MacAvoy, 1974) e *Administrative Law and Regulatory Policy* (scritta con Stewart, 1979).

profonda sfiducia nella capacità delle persone di percepire in maniera corretta il rischio implicato da determinate decisioni pubbliche (per esempio in materia di sicurezza sanitaria). Questo, a cascata, porterebbe il legislatore ad un'azione sproporzionata per lenire le erronee preoccupazioni degli elettori fino a operare scelte miopi ed inefficienti⁵⁰. La necessaria risposta a questi distorti meccanismi di regolamentazione è, secondo Breyer, una marginalizzazione del decisore eletto a beneficio di tecnici indipendenti dal parere del pubblico⁵¹. L'aggiustamento epistocratico teorizzato da Breyer evoca il classico argomento platonico della *tecnica* come scudo dalle false opinioni della massa e, appunto, garanzia di un governo buono. Il platonico *trait d'union* fra potere e "competenza" è inteso dal giurista americano come il necessario punto di arrivo di ogni istituzione: «toward the Platonic goal of every institution—uniting political power with wisdom—so as better to resolve the human problems of our time»⁵².

La vocazione al buongoverno per mezzo della deferenza alla expertise è un tratto diacronico nella riflessione di Breyer. Decenni dopo *Breaking the Vicious Cycle*, scrivendo sulla *Chevron deference* derivante dall'omonima sentenza del 1984⁵³, l'autore identifica nell'ampio ruolo assicurato alle agenzie un sensato principio guida (*rule of the thumb*) per far pesare nel processo decisionale la maggiore capacità delle agenzie governative di delineare strategie efficaci di fronte a problemi complessi. Il solo legislatore non è in grado di prevedere tutti i dettagli richiesti nell'azione, sarebbe – chiosa il nostro – come pretendere che si fissi per legge la strategia con cui l'esercito conduce una battaglia⁵⁴. Piuttosto, deve essere la sapienza specialistica a riempire gli spazi delle disposizioni congressuali e, tornando all'immagine di Breyer, lasciare che siano i militari a determinare il piano di battaglia.

Breyer protegge i pronunciamenti delle agenzie nel recente *West Virginia v. Environmental Protection Agency*, dissentendo dalle conclusioni della maggioranza. Nella conclusione del *dissent*, scritto dalla giudice Kagan e sostenuto da Breyer, si enfatizzano i pericoli del cambiamento climatico e il rischio che un intervento della Corte contro il competente parere dell'EPA porti al malgoverno⁵⁵. La scelta di rompere la collaborazione con gli esperti espone a conclusioni meno accurate dinnanzi a problemi profondi, spezzando l'alleanza fra democrazia e sapere specialistico che appare sempre più necessaria⁵⁶. Tuttavia, Breyer riconosce altresì la defettibilità del principio di deferenza alle agenzie e, per esempio, contestò l'operato del ramo amministrativo unendosi alla maggioranza che in *Massachusetts v. Environmental Protection Agency* (2007) obbligò l'EPA a considerare i gas serra sostanze inquinanti e a regolare conseguentemente le loro emissioni. Con quella sentenza la Corte determinò che fosse intenzione del legislatore prevedere un intervento dell'agenzia per l'ambiente nel caso dei gas «major contributors to global warming»⁵⁷.

La riverenza al lavoro delle agenzie non rappresenta il vero punto filosofico del pensiero di Breyer sulla ricerca del buongoverno. Le agenzie, per dirla col noto proverbio, sono il dito, non la luna. Il punto sul buongoverno, semmai, è la centralità della expertise. Le agenzie sono spesso

⁵⁰ BREYER 1993, 39.

⁵¹ BREYER 1993, 61.

⁵² BREYER 1993, X.

⁵³ *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* (1984). La sentenza determina i criteri legali con cui rimettersi all'interpretazione giuridica avanzata dalle agenzie governative. La decisione della Corte garantirà alle agenzie un importante margine interpretativo nel caso in cui l'operato del Congresso in materia si dimostri ambiguo. Sulla portata e il futuro della *Chevron doctrine* cfr. MERRILL 2022.

⁵⁴ BREYER 2010, 116 s.

⁵⁵ «Congress knows what mix of legislative and administrative action *conduces to good policy* [corsivo mio]. Courts should be modest. Today, the Court is not. [...] The stakes here are high. Yet the Court today prevents congressionally authorized agency action to curb power plants' carbon dioxide emissions. The Court appoints itself—instead of Congress or the expert agency—the decisionmaker on climate policy», *West Virginia v. Environmental Protection Agency*, 597 U.S. (2022), Kagan dissenting, 32 s.

⁵⁶ Cfr. BISTAGNINO 2020.

⁵⁷ BREYER 2010, 117.

portatrici della necessaria competenza tecnica ma, come nel menzionato caso del Massachusetts, esiste una meta-competenza da privilegiare, che risiede nella capacità e nel compito della Corte Suprema di individuare il decisore appropriato (in quel caso, legislatore o agenzie). Così, il buongoverno come elemento interno della missione del giudice supremo dilata il suo raggio di azione, saldando la *workability* della democrazia all'intervento provvidenziale del giudice medesimo. La scrupolosa attenzione alla determinazione del corretto decisore legale costituisce un tratto caratteristico del pensiero di Breyer, in cui emerge l'influenza della *legal process theory*⁵⁸. Come diversi colleghi, Breyer ha incontrato il testo fondativo di questa scuola – *The Legal Process* di Hart e Sacks – nella sua formazione universitaria⁵⁹. Da esso, Breyer mutua una solida sensibilità procedurale e antirealista, accettando senza imbarazzi il compito di determinare le norme di competenza come responsabilità primaria del giurista e facendo di questa chiarezza uno scudo alle accuse di creare diritto in funzione delle proprie preferenze⁶⁰. Tuttavia, come si è cercato di mostrare, Breyer interpreta l'assegnazione della competenza (intesa come *potere di*) appellandosi alla competenza (questa volta intesa come *sapere di*). Questo genera un insolito ibridismo nella filosofia di Breyer, per cui la democrazia deve essere innanzitutto autogoverno all'insegna della libertà attiva ma può funzionare, essere *workable*, solo attraverso i colpi di expertise provenienti da istituzioni contro-maggioritarie⁶¹.

Il buongoverno inteso in questo senso ha poco o nulla a che fare con la partecipazione della cittadinanza evocata dal concetto di *active liberty*. Le rassicuranti parole di Breyer sul lavoro di ristrette cerchie epistemiche si inscrivono casomai nel filone tecnocratico della cultura *liberal* americana, tanto sensibile alle professionalità dei *beltway insiders*, quanto ostile all'*amateurism* che si fa contributore in intricate questioni pubbliche⁶². Il criterio della *workability* difeso da Breyer finisce così per sdoppiarsi: alla tutela di un principio *formale* di centralità del popolo come decisore politico si contrappone un criterio *sostanziale* di buongoverno costituito dalle preferenze di pochi esperti.

La tensione fra il Breyer democratico e il Breyer del buongoverno viene problematizzata da Posner, Kersch e Bauer a partire dall'ingenuo richiamo alla competenza specialistica dei giudici. Posner comincia col notare come l'impegno del togato di San Francisco contenga elementi di tensione fra democrazia e buongoverno: «[o]ne begins to wonder whether Breyer's deepest commitment is to democracy or to good policies»⁶³. Per Posner si tratta di due obiettivi potenzialmente divergenti, che Breyer non riesce ad assimilare in un'unica e salda prospettiva teorica. Inoltre, a preoccupare Posner è il gradimento di Breyer per interpretazioni espansive della Costituzione, giustificate dalla ricerca della volontà del legislatore. Sebbene, ammette Posner, l'interrogativo circa l'intenzione del legislatore sia ineludibile nell'interpretare la legge e la Costituzione, l'interesse per il buongoverno e la difesa di un approccio *purposive* diventano per Breyer le leve per allargare la discrezionalità del giudice e della sua expertise a tutela della *sua* idea di buongoverno⁶⁴. È questa

⁵⁸ Si ringrazia uno dei referee per avermi incoraggiato a considerare l'influenza di questa tradizione teorica sul pensiero di Breyer.

⁵⁹ L'opera è stata redatta nel 1956 ed ha circolato per anni sotto forma di dispense, raggiungendo un'enorme fama nelle *Law School* statunitensi ben prima di essere pubblicata negli anni Novanta, cfr. HART, SACKS 1994. Basti pensare che, fra gli altri, i giudici supremi Scalia, Kennedy, Souter, Ginsburg e Breyer studiarono tutti il testo ad Harvard, SEBOK 1996, 1572.

⁶⁰ AMAR 1989, 694.

⁶¹ È importante notare – come suggeritomi da uno dei referee – che i giudici *liberal* tendono a schierarsi in difesa delle agenzie governative anche alla luce dei procedimenti partecipativi da esse adottati. Tuttavia, nel caso di Breyer, questo elemento appare decisamente secondario rispetto all'urgenza di assicurare il buongoverno tutelando la competenza delle stesse.

⁶² ROSENFELD 2018, 84 s.

⁶³ POSNER 2006, 1711.

⁶⁴ POSNER 2006, 1711.

deriva che Posner scorge nelle argomentazioni di Breyer, che finiscono per comporre un *bricolage* di preferenze politiche e giudiziarie⁶⁵. In altri termini, la rincorsa agli *workable results* attraverso la partecipazione della cittadinanza viene insidiata dalla rincorsa al buongoverno operata dai giudici e dalle le loro preferenze.

Kersch arriva alla medesima conclusione prendendo le mosse dall'insistenza di Breyer sul *purpose* della disposizione. Un simile approccio, nota Kersch, discende dalla concezione del governo come *problem solving* consolidatasi negli anni del New Deal⁶⁶. Questa postura ermeneutica coinvolge il giurista interprete in tale *problem solving*, liberandolo da un "legnoso" (*wooden*) riferimento alla lettera della legge o ad una teoria omnicomprensiva⁶⁷. La expertise del giurista contribuisce così a determinare gli standard legali orientati alle risposte *buone*, alla realizzazione del buongoverno – come nel caso del Massachusetts sopra menzionato o, ancora, il dissenso di Breyer in *United States v. Lopez* che decretò l'incostituzionalità del *Gun-Free School Zones Act*, redatto per bandire le armi da fuoco dalle aree scolastiche. Nella sua *opinion*, Breyer intese la presenza di armi nelle scuole come un problema relativo al commercio fra stati e, conseguentemente, regolabile dall'azione del Congresso come previsto dalla *Commerce Clause* della Costituzione. Le armi, argomentò Breyer, creano un clima di pericolo nelle aule scolastiche ed impattano negativamente sull'istruzione degli studenti, cioè sulla formazione della futura forza lavoro. Il problema diventa così federale, dal momento in cui i lavoratori si spostano da uno Stato all'altro. La presenza delle armi nelle scuole, dunque, non costituisce un problema di sicurezza o di istruzione (prerogative statali), ma di commercio fra stati (prerogativa del Congresso)⁶⁸. Anche in questo, la ricerca del *purpose*, crea inaspettati spazi di azione per il giurista che, nota Kersch, invocando l'effetto farfalla delle armi nelle scuole può intervenire in maniera creativa⁶⁹. Questo, denuncia Kersch, porta Breyer a proporre un metodo interpretativo opaco, che permette ad una élite interventista (*policymaking elite*) di affermare nelle sentenze la propria visione del mondo⁷⁰.

Anche Bauer sottolinea a più riprese come, secondo Breyer, la democrazia non possa prescindere da efficienza e funzionalità – cioè dal buongoverno: «institutions are more democratic in proportion to their capacity for effective action»⁷¹; «democratic responsiveness had to be tempered with a concern for functionality»⁷²; «his insistence that speech and association for political purposes are tolerable as long as they promote effective government problem-solving»⁷³. Bauer richiama anche il riferimento alla expertise come metro di misura di efficienza e funzionalità, concezione – lo si è mostrato – che Breyer mutua dallo studio dei problemi di regolamentazione⁷⁴. Nuovamente, ammonisce Bauer, la fede di Breyer negli esperti trascura il peso delle loro preferenze. «We expect the application of expertise without the contamination of self-interest. [...] [H]owever, it is unclear how expertise can be claimed when self-interest calls that very claim into question»⁷⁵.

⁶⁵ POSNER 2006, 1715.

⁶⁶ KERSCH 2006, 770.

⁶⁷ BREYER 2005, 18 s.

⁶⁸ *United States v. Alfonso D. Lopez, Jr.*, 514 U.S. 549 (1995), Breyer dissenting, 619-622; BREYER 2010, 127 s.

⁶⁹ KERSCH 2006, 786.

⁷⁰ KERSCH 2006, 791.

⁷¹ BAUER 2006, 251.

⁷² BAUER 2006, 251.

⁷³ BAUER 2006, 251.

⁷⁴ BAUER 2006, 241-244.

⁷⁵ BAUER 2006, 250. Sull'ingenua pretesa di una expertise assolutamente neutrale dal punto di vista assiologico si veda MONTUSCHI 2014 e DOUGLAS 2014.

4. Il “periglio” della politica

Lo stringente legame fra esperti e buongoverno ci conduce ad un ultimo, importante, aspetto toccato dalla riflessione di Breyer. Si è detto, nella precedente sezione, del rischio che l’affidamento ai portatori di elevate competenze specialistiche invocato da Breyer trascuri l’influenza delle loro preferenze. La commistione fra expertise e desiderata politico-morali si connette all’immenso potere detenuto dai giudici nel sistema politico americano. Richiamando la famosa dizione di Hamilton, il potere giudiziario non ha “né spada né portafoglio”, ma controlla esecutivo e legislativo con il suo giudizio⁷⁶. La peculiarità del sistema legale americano conferisce ai giudici un’immensa influenza sulle decisioni pubbliche e il loro giudizio è stato il motore di disruptivi cambiamenti culturali, sociali ed economici, spesso anticipando – o contrapponendosi – alle volontà degli eletti⁷⁷. Ecco che i giudici, nella veste di interpreti legali, svolgono un ruolo politico di primo piano proprio in funzione della loro competenza specialistica.

Il potere delle corti non sfugge ovviamente alle forze politiche, che possono influire sulle decisioni pubbliche riempiendo gli scranni di giudici “allineati”. Nella prima sezione si è fatto riferimento al forte contrasto dei partiti sui candidati al “marble palace”. La democrazia americana si trova in un momento di feroci contrapposizioni ideologiche: la polarizzazione di eletti ed elettori è sempre più marcata e la contesa politica sta assumendo i contorni di uno scontro senza esclusioni di colpi⁷⁸. In questo scenario di crescente *partisanship*, i giudici vengono sovente percepiti come la *longa manus* dei partiti, “politici con la toga” che perorano le cause di chi li ha nominati⁷⁹. Il ruolo politico della Corte rischia così di perdere la sua specificità, di smarrire la propria funzione di garanzia ed equilibrio, per far avanzare – in maniera contro-maggioritaria – determinate preferenze politiche. Di questa insidia si occupa Breyer nel suo ultimo scritto, un libello intitolato eloquentemente *The Authority of the Court and the Peril of Politics*.

L’opera riprende molte argomentazioni di precedenti testi, in particolare di *Making Our Democratic Constitution Work*, e si concentra sull’obbedienza alle decisioni della Corte – specialmente in circostanze di forte dissenso con le decisioni stesse. L’agonismo politico, denuncia Breyer, costituisce un periglio per la Corte, che rischia di trovarsi risucchiata nello scontro fra fazioni e ridursi necessariamente ad essere amica o nemica degli schieramenti. Questo, nota Breyer, avrebbe conseguenze devastanti sulla sua autorità⁸⁰. La Corte, come già paventato da Chemerinsky⁸¹, diverrebbe giocatrice mascherata da arbitro e, se così fosse, il diritto cesserebbe di essere un freno alla contrapposizione violenta fra le fazioni. Ricorda saggiamente Bobbio che «nei piani più bassi la forza è al servizio del diritto; nei piani più alti il diritto è al servizio della forza»⁸². Se la Corte si ponesse al servizio di una delle parti per accrescerne la forza, all’altra parte non resterebbe che il ricorso alla forza per scrivere un nuovo diritto.

L’analisi di Breyer dell’autorità della Corte in una società divisa e la sua riflessione sulla *partisanship* interna alla stessa Corte appaiono però sorprendentemente inconsistenti. Partiamo dal primo aspetto. Secondo Breyer, la fonte della legittimità delle decisioni della Corte, ciò che spinge persone e politici ad obbedirle, è il suo agire con giustizia. «The Court’s ability to punish or to provide rewards or benefits is limited. Its ability to act justly, at least in my view, does play a major role in obtaining the public’s respect and consequent obedience. The Court’s history illustrates how that is

⁷⁶ Si allude ovviamente al controllo della forza fisica legittima nelle mani dell’esecutivo e all’autorità di votare il bilancio da parte del Congresso. Il riferimento è all’articolo 78 de *The Federalist Papers*.

⁷⁷ Cfr. *supra* nota 12 sul concetto di “difficoltà contro-maggioritaria”.

⁷⁸ LEVITSKY, ZIBLATT 2019.

⁷⁹ HASEN 2019, HASEN 2020.

⁸⁰ BREYER 2021, 26.

⁸¹ CHEMERINSKY 2014.

⁸² BOBBIO 1993, 136 (corsivo dell’autore)

so»⁸³. Per giustificare la sua conclusione, Breyer richiama alcune importanti sentenze, sostenendo la capacità della Corte di fare giustizia e, quando mancò di farlo, di emendarsi con successivi interventi⁸⁴. In questo modo, la Corte si è guadagnata il rispetto di popolo e politici. Così Breyer commenta per esempio la sentenza *Brown* che desegregò le scuole. «Court had won a major victory for constitutional law, for equality, and above all for justice itself. And in turn, justice itself [...] helped to promote respect for the Court and increased its authority»⁸⁵.

Questa conclusione, oltre che retorica, sembra piuttosto ingenua, perché trascura l'ovvia esistenza di differenti concezioni di giustizia presenti in qualsiasi società democratica. La Costituzione offre una tregua al conflitto fra le differenti giustizie incamerando diversi valori per mezzo di formule ampie ed indeterminate. Questo, però, non risolve il problema, che è soltanto rimandato al momento interpretativo di tali formule. Come chiarisce Pino: «è precisamente sull'interpretazione giuridica che si andrà a scaricare il pluralismo valoriale e il conflitto sociale che il costituzionalismo contemporaneo intende convogliare nel testo costituzionale»⁸⁶. Il pericolo della politica e la sua fisiologica conflittualità non possono essere vinti dalla giusta interpretazione, che è semmai ciò per cui esiste la contesa, non ciò che la seda. Lo stesso Breyer dichiara candidamente che la Corte è stata obbedita *nonostante* le sue decisioni fossero ritenute profondamente ingiuste da una parte di società⁸⁷. In democrazia il sentimento della giustizia è sempre, inevitabilmente, secondo alla percezione del disaccordo.

Il disaccordo politico, si è detto, rischia non solo di schiacciare la Corte dall'esterno ma di spaccarla dall'interno. Anche su questo secondo punto, la prospettiva di Breyer sembra limitata e confusa. Egli, infatti, insiste su quanto sia erroneo ritenere “politiche” le divisioni fra i nove: si tratta piuttosto di differenti filosofie giudiziarie⁸⁸. Eppure, aggiunge Breyer, la filosofia politica di un giudice non resta fuori dalla sua comprensione della legge.

«[P]olitics is not just about voting for a particular candidate or a particular legislative agenda. It is also about basic political philosophy. And it is sometimes difficult to separate what counts as a jurisprudential view from what counts as political philosophy, which, in turn, can shape views of policy»⁸⁹.

Il racconto di una Corte depoliticizzata ricorda, citando il duro attacco di Tribe alle parole di Breyer⁹⁰, la platonica “nobile menzogna”, vale a dire, una bugia necessaria per celare l'ingresso delle contrapposizioni partitiche fra i banchi della massima magistratura americana. È proprio guardando all'interno della Corte che Breyer formula le considerazioni più banali sull'impegno a cui sono chiamati i giudici contro il “periglio” della politica: “Just do the job”; “Do not seek or expect popularity”; “Clarity in writing is a professional necessity”⁹¹.

Le insidie dello scontro politico raccomandano riflessioni ben più strutturali sulla composizione e il lavoro della Corte Suprema. Il problema è stato affrontato da una commissione bipartisan voluta dal Presidente Biden e costituita con un ordine esecutivo nel marzo del 2021. La commissione ha pubblicato il suo report nel dicembre dello stesso anno. All'unanimità, in più

⁸³ BREYER 2021, 9.

⁸⁴ Fra le principali sentenze discusse da Breyer: *Worcester v. Georgia* (1832), *Dred Scott v. Sandford* (1857), *Lochner v. New York* (1905), *NLBR v. Jones & Laughlin Steel Corporation* (1937), *Brown v. Board of Education* (1954), *Boumediene v. Bush* (2008).

⁸⁵ BREYER 2021, 16.

⁸⁶ PINO 2017, 69.

⁸⁷ BREYER 2021, 17 e 22. Si veda, in particolare, la trattazione fatta nel testo delle sentenze *Bush v. Gore* (2000) e *Boumediene v. Bush* (2008).

⁸⁸ BREYER 2021, 27.

⁸⁹ BREYER 2021, 29.

⁹⁰ TRIBE 2022.

⁹¹ BREYER 2021, 32-42.

passaggi, la commissione sottolinea le gravi tensioni causate dall'estesa percezione della Corte come istituzione di parte e analizza i possibili interventi per preservarne legittimità e indipendenza⁹². La Corte, infatti, non può permettersi di smarrire questi due attributi per la centralità che ricopre nelle istituzioni americane. «The Court serves as a crucial guardian of the rule of law and also plays a central role in major social and political conflicts. Its decisions have profound effects on the life of the nation»⁹³. Il report ricostruisce la ricca storia della Corte e dei tentativi di riformarla. Sorprende l'enorme distanza fra questo documento e le considerazioni di Breyer sul «periglio della politica». La commissione si concentra su una rosa di soluzioni possibili che il giudice di San Francisco non affronta o sceglie di non affrontare: il numero dei giudici, il superamento del mandato a vita, la necessità di una maggioranza qualificata, la possibilità per il Congresso di superare le sentenze della Corte.

La proposta che più convince la commissione, che comunque si limita ad illustrare le opzioni e la loro fattibilità, consiste nel riformare la Corte all'insegna di mandati di 18 anni e una scadenza ordinata dei giudici – ogni 2 anni si libererebbe uno scranno e, di conseguenza, ogni Presidente disporrebbe di due nomine. La proposta suscita un vivace dibattito fra i membri della commissione. I critici sottolineano come la modifica rafforzerebbe l'idea che i giudici siano legati a determinati presidenti, infiammerebbe il dibattito pubblico con processi di conferma ogni due anni⁹⁴, priverebbe grandi giudici della possibilità di servire a lungo (il giudice Marshall, ricorda la commissione, servì per oltre 34 anni)⁹⁵. Tuttavia, gli argomenti dei sostenitori sembrano ben più convincenti. Il mandato a vita per i giudici della Corte Suprema è un *unicum* americano che conferisce agli stessi l'indebito potere di orientare la nomina del proprio successore. I giudici che scelsero le dimissioni dal 1993 ad oggi (White, Blackmun, O'Connor, Souter, Stevens, Kennedy, Breyer) hanno rimesso il mandato nelle mani di presidenti che rispecchiavano la componente della Corte a cui venivano associati (*liberal* o *conservative*). Così facendo, gli uscenti hanno di fatto posto le basi affinché la propria visione costituzionale venisse perorata dall'operato di un successore dottrinalmente vicino. La commissione chiama questo fenomeno *strategic retirement*⁹⁶. L'esercizio del diritto presidenziale di nominare i giudici supremi non può dipendere, sostengono i difensori della proposta, da eventi fortuiti o, peggio, dalle valutazioni del giudice dimissionario⁹⁷.

La legittimità e l'indipendenza della Corte, suggerisce la Commissione, dipendono dalle regole che la disciplinano più che dagli individui che la compongono. Il punto, non trattato da Breyer, è squisitamente procedurale, prepolitico e, per questo, efficace per schermare la Corte dalle accuse di *partisanship*. Al giurista Breyer sfugge l'antica lezione di Aristotele: sono le leggi, più che gli uomini, a proteggere dall'antagonismo, perché le leggi non hanno le passioni che animano le anime degli uomini⁹⁸. In altri termini, la Corte può essere difesa dal periglio della politica antepoendo la norma al decisore.

Ci sono due ipotesi sul perché Breyer non arrivi a considerare questa prospettiva, invero piuttosto scontata. Primo, l'iniziativa di superare un dogma della giurisprudenza americana – il mandato vitalizio dei giudici – per fronteggiare la politicizzazione della Corte Suprema ha più possibilità di avere successo senza la militanza di una delle parti in causa. È più che lecito pensare che Breyer abbia scelto di non addentrarsi in proposte a cui la politica deve arrivare da sola o, quantomeno, senza il suggerimento di un influente giudice *liberal*. La seconda spiegazione rac-

⁹² PRESIDENTIAL COMMISSION 2021, 22 s.

⁹³ PRESIDENTIAL COMMISSION 2021, 6.

⁹⁴ La commissione propone anche un'accurata analisi dei sistemi per evitare che le nomine periodiche vengano bloccate da un Senato ostile; PRESIDENTIAL COMMISSION 2021, 140-143.

⁹⁵ PRESIDENTIAL COMMISSION 2021, 117-120.

⁹⁶ PRESIDENTIAL COMMISSION 2021, 115.

⁹⁷ PRESIDENTIAL COMMISSION 2021, 93.

⁹⁸ ARISTOTELE 1955, 164 s.

conta un Breyer prigioniero di una concezione irrealistica e acritica di expertise – elemento discusso nella precedente sezione. Il politico, nella sua dimensione conflittuale, scriveva Mouffe, è un “punto cieco”⁹⁹ che la sola ragione e la nuda competenza non possono vedere. Non saranno gli esperti – magari di diritto costituzionale – a temperare la competizione politica. Piuttosto, la soluzione deve venire da una pluralità di attori – esperti, politici e cittadini – decisa a plasmare regole ed istituzioni in cui tutti possano trovare argini sicuri per partecipare alle decisioni pubbliche. È questo a rendere l’ideale precario e difficile della democrazia un progetto ambizioso, inclusivo e *workable*.

⁹⁹ MOUFFE 2013, 23.

Riferimenti bibliografici

- AMAR A.R. 1989. *Book Review. Law Story: Hart and Wechsler's The Federal Courts and the Federal System by Paul M. Bator et al.*, in «Harvard Law Review», 102, 3, 688 ss.
- ALEXANDER M. 2011. *Citizens United and Equality Forgotten*, in «New York University Review of Law & Social Change», 35, 3, 499 ss.
- ARISTOTELE 1955. *Politica e Costituzione di Atene*, UTET.
- BARBISAN B. 2008. *Nascita di un mito. Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, il Mulino.
- BARBISAN B. 2021. *Thomas Jefferson, Marbury v. Madison e il countermajoritarian dilemma*, in «Rivista di diritti comparati», 1, 208 ss.
- BAUDE W. 2021. *The Real Enemies of Democracy*, in «California Law Review», 109, 6, 2407 ss.
- BAUER R.F. 2006. *Democracy as Problem Solving: Campaign Finance and Justice Breyer's Theory of Active Liberty*, in «University of Miami Law Review», 60, 2, 237 ss.
- BICKEL A. 1962. *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press.
- BISTAGNINO G. 2020. *Contro la tentazione epistocratica. Ripensare la relazione tra esperti e cittadini nelle democrazie contemporanee*, in GRONDA R., *Esperti scientifici e complessità. Il ruolo della competenza nelle società democratiche*, Pisa University Press, 153 ss.
- BOBBIO N. 1993. *Teoria generale del diritto*, Giappichelli.
- BRENNAN J. 2016. *Against Democracy*, Princeton University Press.
- BREYER S. 2005. *Active Liberty*, Knopf.
- BREYER S. 1993. *Breaking the Vicious Cycle: Toward Effective Risk Regulation*, Harvard University Press.
- BREYER S. 2010. *Making Our Democracy Work: A Judge's View*, Knopf.
- BREYER S. 2015. *The Court and the World. American Law and the New Global Realities*, Knopf.
- BREYER S. 2021. *The Authority of the Court and the Peril of Politics*, Harvard University Press.
- CHEMERINSKY E. 2014. *The Case Against the Supreme Court*, Penguin.
- DODSON S. (ed.) 2015. *The Legacy of Ruth Bader Ginsburg*, Cambridge University Press.
- DOUGLAS H. 2014. *Values in Social Science*, in CARTWRIGHT N., MONTUSCHI E. (eds.), *Philosophy of Social Science*, Oxford University Press, 162 ss.
- ELY J.H. 1980. *Democracy and Distrust*, Harvard University Press.
- GEWIRTZ P. 2006. *The Pragmatic Passion of Stephen Breyer*, in «The Yale Law Journal», 115, 7, 1675 ss.
- HART H.M., SACKS A.M. 1994. *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Applications of Law*, Foundation Press.
- HASEN R. 2019. *Polarization and the Judiciary*, in «Annual Review of Political Science», 22, 261 ss.
- HASEN R. 2020. *The Supreme Court's Pro-Partisanship Turn*, in «Georgetown Law Journal», 109, 50 ss.
- HITT J. 2017. *The Meaning of Antonin Scalia*, in «The Virginia Quarterly Review», 93, 4, 204 ss.
- LEVITSKY S., ZIBLATT D. 2018. *How Democracies Die*, Crown.
- MCGANN A.J., SMITH C.A., LATNER M., KEENA A. 2016. *Gerrymandering in America*, Cambridge University Press.

- MERRILL T.W. 2022. *The Chevron Doctrine: Its Rise and Fall, and the Future of the Administrative State*, Harvard University Press.
- MONTUSCHI E. 2014. *Scientific Objectivity*, in CARTWRIGHT N., MONTUSCHI E. (eds.), *Philosophy of Social Science*, Oxford University Press, 123 ss.
- MOUFFE C. 2013. *Agonistics. Thinking the World Politically*, Verso.
- POSNER R.A. 2006. *Justice Breyer Throws Down the Gauntlet*, in «The Yale Law Journal», 115, 7, pp. 1699 ss.
- PRESIDENTIAL COMMISSION ON THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. 2021. *Final Report*.
- PINO G. 2017. *Il costituzionalismo dei diritti*, il Mulino.
- RAWLS J. 1994. *Liberalismo politico*, Edizioni di Comunità.
- ROSENFELD S. 2018. *Democracy and Truth*, University of Pennsylvania Press.
- KARLAN P.S. 2021. *The New Countermajoritarian Difficulty*, in «California Law Review», 109, 6, 2323 ss.
- KERSCH K.I. 2006. *Justice Breyer's Mandarin Liberty*, in «University of Chicago Law Review», 73, 2, 759 ss.
- SEBOK A.J. 1996. *Reading The Legal Process*. In «Michigan Law Review», 94, 6, 1571 ss.
- STEPHANOPOULOS N. 2019. *The Anti-Carolene Court*, in «The Supreme Court Review», Public Law Working Paper No. 734, 111 ss.
- SUNSTEIN C. 2006. *Justice Breyer's Democratic Pragmatism*, in «The Yale Law Journal», 115, 7, 1719 ss.
- SUNSTEIN C. 2016. *Antonin Scalia, Living Constitutionalist*, in «Harvard Law Review», 130, 1.
- TEACHOUT Z. 2014. *Corruption in America: From Benjamin Franklin's Snuff Box to Citizens United*, Harvard University Press.
- TOLSON F. 2021. *The Real Enemies of Democracy*, in «California Law Review», 109, 6, 2381 ss.
- TRIBE L.H. 2022. *Politicians in Robes. Why does Stephen Breyer continue to insist that the Supreme Court is apolitical?*, in «The New York Review».
- TUSHNET M. 1999. *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press.
- YOUN M. 2011. *Money, Politics, and the Constitution: Beyond Citizens United*, Century Foundation Press.

LA COSTRUZIONE DEI DIRITTI NEL SOLCO DELL'EFFETTIVITÀ

LA RESIDENZA COME DIRITTO SOCIALE
NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA
DEI DIRITTI UMANI

SOFIA **CIUFFOLETTI**



La costruzione dei diritti nel solco dell'effettività
La residenza come diritto sociale nella giurisprudenza
della Corte Europea dei Diritti Umani

Building (effective) rights
Residence as a social right in the ECtHR's case law

SOFIA CIUFFOLETTI

Ricercatrice, Centro Interuniversitario ADIR, Università degli studi di Firenze.
E-mail: sofia.ciuffoletti@unifi.it

ABSTRACT

A partire dall'analisi del principio di effettività delle tutele nell'alveo della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani, il presente contributo intende presentare un'indagine sulla costruzione di una dimensione di tutela per i diritti sociali, espressamente esclusi dal novero delle situazioni tutelate dal testo della Convenzione Europea dei Diritti Umani. Attraverso un confronto con la strategia argomentativa della Corte Suprema degli Stati Uniti, vedremo come la Corte Europea abbia percorso la strada della valorizzazione del diritto di proprietà per alimentare la prospettiva di tutela indiretta dei diritti sociali, come diritti impliciti all'interno del sistema convenzionale di protezione dei diritti. Sarà, infine, analizzata la dimensione individuale e sociale del diritto alla residenza nel quadro della giurisprudenza della Corte EDU.

Starting from the analysis of the notion of rights' effectiveness in the case law of the European Court of Human Rights, the paper presents an investigation on the construction of a dimension of protection for social rights, expressly excluded from the text of the European Convention on Human Rights. Through a comparison with the argumentative strategy of the US Supreme Court, we will see how the European Court has gone down the path of enhancing the right to property in order to nurture the perspective of indirect protection of social rights, as implicit rights within the Convention. Finally, the individual and social dimension of the right to residence will be analyzed within the framework of the case law of the European Court of Human Rights.

KEYWORDS

diritti sociali, argomentazione giuridica, giurisprudenza CEDU, principio di effettività delle tutele, diritto alla residenza

social rights, legal reasoning, ECtHR's case law, principle of effectiveness, right to residence

La costruzione dei diritti nel solco dell'effettività

La residenza come diritto sociale nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani

SOFIA CIUFFOLETTI

1. Introduzione – 2. Costruire i diritti a partire dal testo. Il caso degli unenumerated rights – 3. La critica alle generazioni di diritti: le prestazioni sociali come “proprietà convenzionali” – 4. Il diritto alla residenza nell'elaborazione giurisprudenziale della Corte EDU. Un diritto dai molti volti, ma ancora in costruzione – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Il presente contributo intende presentare una teoria della costruzione (quella già in atto e quella possibile) di una linea giurisprudenziale a protezione dei diritti sociali da parte della Corte Europea dei Diritti Umani (d'ora in avanti, Corte Europea, Corte EDU o semplicemente la Corte), basata sull'analisi dei metodi interpretativo-argomentativi della Corte.

In particolare, dopo aver ripercorso la vicenda giurisprudenziale che porta la Corte a costruire il principio argomentativo di effettività delle tutele in relazione al diritto di accesso alla tutela giudiziale intesa come rimedio essenziale per la vita stessa dei diritti, analizzeremo il caso del diritto a fissare la propria residenza come elemento essenziale della vita privata, dell'autodeterminazione e della dignità.

Saranno presentati due casi riferibili a due diversi diritti convenzionali, il diritto a scegliere liberamente la propria residenza, inserito all'art. 2 Protocollo n. 4 della Convenzione e il diritto alla vita privata, tutelato dall'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti Umani (d'ora in avanti, Convenzione EDU o anche solo la Convenzione).

L'analisi permetterà di verificare come l'utilizzo dell'argomentazione sia il piano strategico al fine di determinare l'area entro cui costruire la tutela della residenza come dimensione della vita che ha un rilievo individuale e una veste necessariamente sociale e che deve essere ancora pienamente valorizzata nella giurisprudenza della Corte EDU.

La strada è ancora tutta da costruire, eppure alcuni dei principi interpretativi utilizzati dalla Corte EDU appaiono strumenti dinamici al fine di restituire valore giuridico al diritto di fissare liberamente la propria residenza.

2. Costruire i diritti a partire dal testo. Il caso degli unenumerated rights

La Convenzione EDU è un testo relativamente breve, anche considerati i Protocolli che sono intervenuti a sancire, sul piano testuale, nuovi diritti espressi¹ e tuttavia, a oggi, proprio il siste-

¹ Oltre ai 15 diritti sanciti nel testo originale della Convenzione, i vari Protocolli hanno nel tempo aggiunto una serie, limitata di diritti (Article 1 of Protocol No. 1, Protection of property, Article 2 of Protocol No. 1, Right to education, Article 3 of Protocol 1, Right to free elections, Article 2 of Protocol No. 4 Article 1 of Protocol No. 6, Abolition of the death penalty, Article 2 of Protocol No. 7 Freedom of movement, Right of appeal in criminal matters, Article 3 of Protocol No. 7, Compensation for wrongful conviction, Article 4 of Protocol No. 7, Right not to be tried or punished twice, Article 5 of Protocol No. 7, Equality between spouses, Article 1 of Protocol No. 12, General prohibition of discrimination, Article 1 of Protocol No. 13

ma di giurisdizione internazionale-regionale governato dalla Corte di Strasburgo ha portato alla ridefinizione strategico argomentativa dei confini dei diritti. All'interno del sistema convenzionale, insomma, le forze immaginative del diritto (DELMAS-MARTY 2004), guidate dal consolidamento di principi ermeneutici e teorie interpretative, hanno saputo sfruttare gli strumenti sostanziali ma soprattutto procedurali a disposizione per creare forme di tutela, anche in situazioni di vuoto giuridico, o meglio, in situazioni in cui alla formale dichiarazione dei diritti non è seguita la predisposizione della necessaria serie di rimedi per renderli effettivi e azionabili in giudizio (LETSAS 2007; BIANCHI, PEAT, WINDSOR 2015).

Questo processo è stato inaugurato dalla decisione in *Golder v. UK*², attraverso cui la Corte EDU radica uno dei principali strumenti argomentativo-interpretativi tipici della sua tradizione giurisprudenziale.

La questione sottesa al caso riguardava, infatti, i cosiddetti “diritti impliciti” (DWORKIN 1992 e DWORKIN 1993), su cui da tempo si scontrano la teoria originalista e quella evolutiva del diritto (GUASTINI 2011)³, ossia la costruzione, a partire dal testo, di quelli che vengono definiti *unenumerated rights*, in parole povere: come creare la protezione di diritti laddove nel testo non se ne trovi esplicita menzione. Nel caso *Golder*, il diritto implicito in questione non era propriamente secondario, anzi era alla base del concetto stesso di effettività della tutela dei diritti e della nozione di *rule of law* e di stato di diritto (SANTORO 2008). Il caso trattava, infatti, del diritto di accesso al giudice, ossia della “giustiziabilità” dei diritti nell’ambito dell’art. 6 (*right to a fair trial*, diritto al giusto processo) della Convenzione Europea dei Diritti Umani. Anche la dimensione fattuale del caso è rilevante. Il ricorrente era, infatti, un detenuto a cui era stato impedito di intraprendere un’azione legale per diffamazione a mezzo stampa contro un’agente di polizia penitenziaria che lo aveva indicato come partecipante a una sommossa avvenuta pochi mesi prima nell’istituto. Il ricorrente non poteva contattare il suo avvocato a causa dei regolamenti penitenziari inglesi che, a quel tempo, permettevano la comunicazione con gli avvocati solo per i detenuti non definitivi.

Il Governo del Regno Unito si difendeva adducendo che all’interno dell’art. 6 della Convenzione, che obbliga gli Stati Membri ad approntare le garanzie del giusto processo una volta che un’azione è intentata, non sia prevista, interpretazione letterale alla mano, la necessità di prevedere un rimedio per ogni violazione dei diritti (come è invece il caso degli art. 5 comma IV e dell’art. 13 della Convenzione, ove tale previsione è espressamente indicata).

La Corte, in primo luogo, discute la questione sul piano letterale, notando che il linguaggio appare neutro rispetto alla possibilità che il procedimento sia già in corso o debba essere instaurato. Ma ancor più significativamente rigetta l’interpretazione letterale, sia nella sua versione originalista testualista, sia in quella intenzionalista (GUASTINI 2011) e ricorda che i Trattati internazionali devono essere interpretati alla luce degli articoli 31-33 della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati del 1969⁴, ossia alla luce degli obiettivi e degli scopi della Convenzione,

Abolition of the death penalty). Per un’analisi storica, cfr. BATES, 2011.

² *Golder v. United Kingdom*, ricorso n. 4451/70, 21 Febbraio 1975.

³ Ciò che accomuna tutte le tecniche interpretative impiegate tradizionalmente dalla Corte EDU è il rifiuto delle idee originaliste sull’interpretazione, secondo cui il significato dei diritti fondamentali è in qualche modo fisso o “congelato nel tempo” e l’adesione ormai consolidata a una tradizione ermeneutica di chiaro stampo evolutivo. Le teorie originaliste, come è risaputo, si presentano in due versioni: il testualismo, sostiene che una disposizione giuridica deve avere il significato che aveva in origine, cioè al momento della promulgazione. L’intenzionalismo, sostiene che una disposizione giuridica deve applicarsi ai casi in cui “il legislatore storico” intendeva originariamente applicarla. Oltre a GUASTINI (2005), si veda LETSAS (2007) per l’applicazione in ambito convenzionale di queste teorie dell’interpretazione (in particolare, il capitolo 3, “Intentionalism, Textualism and Evolutive Interpretation”, pp. 58-79 e il sottoparagrafo: “The Failures of Originalism”, pp. 68-72).

⁴ Invero entrata in vigore solo nel 1980, successivamente, dunque, alla redazione della sentenza *Golder*. Tuttavia le norme citate corrispondevano al diritto consuetudinario già in vigore.

secondo un approccio interpretativo di marcato stampo teleologico. In questo senso, la Corte rilegge il Preambolo della Convenzione, laddove si cita: «l'eredità comune di tradizioni politiche, ideali, libertà e *rule of law*» degli Stati europei e afferma che «è difficilmente concepibile il *rule of law* senza la possibilità di accesso alle corti»⁵.

Qui la Corte riprende direttamente la teoria di matrice anglosassone secondo cui non esiste diritto senza rimedio⁶ e afferma che il principio per cui una causa civile deve poter essere sottoposta al giudice «[T]he principle whereby a civil claim must be capable of being submitted to a judge ranks as one of the universally "recognised" fundamental principles of law; the same is true of the principle of international law which forbids the denial of justice»⁷.

Proprio il diniego di giustizia appare una prospettiva di rischio concreto all'interno di un sistema di diritto internazionale governato dal principio di sussidiarietà e dal margine di apprezzamento degli Stati membri. In questo senso, se l'art. 6 avesse ricompreso esclusivamente il caso di un'azione legale già avviata dinanzi a un tribunale, uno Stato contraente avrebbe potuto semplicemente agire in contropiede, eliminando la tutela giudiziale per determinate classi di azioni, affidandola a organi dipendenti dal Governo (LETSAS 2007) e svincolandosi dal sindacato della Corte Europea su quelle materie.

Oltre a questo rischio, concreto e legittimo, l'effettività della tutela impone che alla descrizione dettagliata delle garanzie procedurali offerte alle parti in una causa pendente, si accompagni l'unico vero strumento capace di rendere effettiva questa tutela, ossia l'accesso al giudice. Insomma, come afferma la Corte: «[T]he fair, public and expeditious characteristics of judicial proceedings are of no value at all if there are no judicial proceedings»⁸.

È interessante come la decisione in *Golder* sia corredata dall'opinione dissenziente del giudice inglese Fitzmaurice che contesta la ricostruzione della maggioranza a partire da una posizione originalista intenzionalista, ancorata al concetto di "certezza del diritto". Le parole di Fitzmaurice contro la possibilità stessa di ciò che chiama "*judicial legislation*", ossia la possibilità per i giudici di creare diritto, sarebbero perfettamente comprensibili in bocca a un giudice di *civil law*. Risultano, invece, stonate in bocca a un giudice di *common law*⁹ e permettono di apprezzare la

⁵ Sentenza *Golder*, §34.

⁶ Tradizionalmente esiste una differenza strutturale tra sistemi di *common law* e sistemi di *civil law* nell'interpretazione del rapporto tra diritti e ricorsi (MATTEI 1987 e DAVID 1980). Nei sistemi di *common law* esiste un rapporto interno e profondo tra un diritto e un rimedio. Secondo questa prospettiva, i rimedi sono mezzi per proteggere i diritti. Un rimedio è l'aspetto pratico e tangibile del diritto legale, che gli conferisce significato e potere. Un diritto che non è protetto e non viene fatto valere dall'ordinamento giuridico non è quindi affatto un diritto, ma solo una chimera, una pretesa o un interesse che non ha *status* giuridico. I Paesi di *civil law* adottano una concettualizzazione opposta, considerando il rapporto tra diritti individuali e forme di azione come gerarchico. I diritti individuali sono la proiezione della norma legislativa, la cui attuazione è la logica conseguenza della loro stessa creazione. In questo contesto, l'azione non costituisce altro che la realizzazione nel processo della legge e viene concessa ogni qualvolta esista un diritto. È dunque il diritto individuale che determina l'ampiezza e il contenuto della tutela giuridica.

⁷ *Golder*, §35.

⁸ *Golder*, §35.

⁹ E in effetti Fitzmaurice discute la questione premettendo la distinzione tra il contesto domestico e quello internazionale. Si veda la nota n. 21 della sua *Dissenting Opinion in Golder*: «It is one thing for a national constitution to allow part of its legislative processes to be effected by means of judge-made "case law": quite another for this method to be imposed ab extra on States parties to an international convention supposed to be based on agreement. It so happens however, that even in England, a country in which "case law", and hence – though to a diminishing extent – a certain element of judicial legislation has always been part of the legal system, a recent case led to severe criticism of this element, and another decision given by the highest appellate tribunal went far to endorse this criticism in the course of which it had been pointed out that the role of the judge is *jus dicere* not *jus dare*, and that the correct course for the judge faced with defective law was to draw the attention of the legislature to that fact, and not deal with it by judicial action. It was also pointed out that no good answer lay in saying that a big step in the right direction had been taken, – for when judges took big steps that meant that they were making new law. Such remarks as these are peculiarly applicable to the present case in my opinion».

strumentalità della difesa dell'interpretazione originalista intenzionalista che potremmo leggere piuttosto come un appello all'interpretazione originalista "insulare".

L'argomentazione utilizzata in *Golder* è considerata il caposaldo interpretativo che ha permesso alla Corte di costruire la nozione della Convenzione come *living instrument*¹⁰, ossia un testo di legge che deve essere interpretato alla luce delle condizioni sociali, culturali, giuridiche del presente e non sulla base di ciò che i Padri (e le Madri) fondatori della Convenzione pensavano nel 1950, in questo modo rigettando in toto la visione originalista intenzionalista e le critiche avanzate nella *dissenting opinion* di Fitzmaurice.

D'altra parte la Corte non ha solo riconosciuto diritti impliciti, ma anche diritti che i fondatori della Convenzione non intendevano (più o meno espressamente) tutelare. È il caso ad esempio della libertà negativa di associazione, che nel caso *Young, James e Webster v. United Kingdom*¹¹ viene sancita nonostante l'espressa esclusione di questa dimensione del diritto di associarsi liberamente in sede di Lavori Preparatori alla Convenzione¹².

Il caso, però, che per primo inserisce all'interno di questo contesto interpretativo-argomentativo votato alla concretizzazione e all'effettività dei diritti la questione dei diritti sociali, è *Airey v. Ireland*¹³. *Airey* è, infatti, la decisione della Corte Europea che chiarisce la portata della tutela convenzionale dei diritti e pone come stella polare del lavoro della Corte il principio di effettività secondo cui la Convenzione non tutela diritti teorici o illusori, ma diritti pratici ed effettivi. Questo principio riposa alla base della costruzione giurisprudenziale della Corte Europea.

Il caso riguarda uno dei mezzi attraverso cui è possibile rendere effettivo il diritto a un giusto processo, nella dimensione, chiarita in *Golder*, del diritto di accesso alle Corti, ossia la possibilità di prevedere il patrocinio a spese dello Stato nei procedimenti di diritto civile.

Nuovamente il Governo inglese si difende asserendo che la Convenzione tutela diritti civili e politici e non deve essere interpretata in modo da conseguire sviluppi sociali ed economici in uno Stato membro.

La risposta della Corte chiarisce la dimensione dinamica dei diritti e il rifiuto di una visione ipostatizzata degli stessi. Se è vero, infatti, che la realizzazione dei diritti sociali ed economici dipende in larga misura dalle politiche e dalla situazione economico-finanziaria di ogni Stato Membro, pure la Convenzione deve essere interpretata alla luce delle condizioni attuali e mira a tutelare le persone in modo "reale e concreto". Se è vero, insomma, che la Convenzione enuncia quelli che sono essenzialmente diritti civili e politici, molti di essi hanno implicazioni di natura sociale o economica¹⁴. La Corte sostiene dunque che quando una interpretazione di un diritto convenzionale porta a toccare la sfera dei diritti sociali ed economici, questa è pienamente ammissibile e non può essere vietata da una visione formalistica dei diritti, dato che "*there is no water-tight division separating that sphere from the field covered by the Convention*".¹⁵

¹⁰ *Tyler v. United Kingdom*, ricorso n. 5856/1972, 25 Aprile 1978, §31: «The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions. In the case now before it the Court cannot but be influenced by the developments and commonly accepted standards in the penal policy of the member States of the Council of Europe in this field».

¹¹ *Young, James e Webster v. United Kingdom*, ricorsi n. 7601/76 e 7806/77, 13 agosto 1981. Il caso è relativo ai cosiddetti "closed shop agreement" secondo cui i lavoratori, per effetto della loro forzata appartenenza sindacale, non erano liberi di dissentire dalla posizione adottata dal sindacato in loro rappresentanza.

¹² I testi di tutti i lavori preparatori alla Convenzione sono digitalizzati e consultabili tramite il sito della Corte: https://www.echr.coe.int/Documents/Library_TravPrep_Table_ENG.pdf.

¹³ *Airey v. Ireland*, ricorso n. 6289/73, 9 ottobre 1979.

¹⁴ *Airey v. Ireland*, §26: "Whilst the Convention sets forth what are essentially civil and political rights, many of them have implications of a social or economic nature".

¹⁵ *Ibidem*.

3. La critica alle generazioni di diritti: le prestazioni sociali come “proprietà convenzionali”

Ora, questa affermazione della Corte è altamente significativa. La teoria tassonomico-generazionale dei diritti, elaborata da Vašák (VAŠÁK 1977)¹⁶ era di poco precedente rispetto alla decisione in *Airey* e la classificazione proposta appariva pratica e persuasiva. D'altra parte trovava piena conferma, per quanto riguarda i diritti di prima generazione (diritti civili e politici) e di seconda generazione (diritti economici e sociali), nei corrispondenti patti firmati nel 1966: l' *International Covenant for Civil and Political Rights*, ICCPR¹⁷ e l' *International Covenant for Economic, Social and Cultural Rights*, ICESCR¹⁸. La netta distinzione tra i due Patti risiede proprio negli obblighi derivanti dal rispettivo articolo 2.1 di entrambi i documenti per gli Stati Membri. Mentre la disposizione pertinente dell'ICCPR prevede un obbligo perentorio nel richiedere agli Stati il “rispetto e la garanzia” dei diritti sanciti nel Patto, l'ICESCR prevede, invece, un obbligo programmatico, vincolando gli Stati parte paesi solo a “prendere provvedimenti” tendenziali per l'adempimento delle disposizioni del Patto¹⁹.

La riflessione sulla categorizzazione dei diritti si amplierà poi a ricomprendere tutta una serie di differenti tassonomie, dalla più famosa tra diritti positivi e negativi (BERLIN 1990), alla distinzione tra diritti individuali e collettivi, tra responsabilità a livello nazionale e a livello internazionale etc... che contribuiranno a rafforzare il livello di persistenza semantica della concezione genealogica dei diritti.

Come ricorda PINO (2013), d'altronde, la teoria genealogica è costruita come una sorta di “apologia”, nel senso che «le ricostruzioni delle categorie dei diritti in termini di diverse e successive generazioni hanno sovente l'andamento suasoivo di un racconto edificante o, a seconda dei casi, ammonitore»²⁰. Edificante in quanto il succedersi dei diritti è costruito con il verificarsi di magnifiche sorti e progressive; ammonitore in quanto al proliferare delle generazioni dei diritti si accompagna una sorta di diluzione dell'importanza degli stessi: «i diritti delle prime due generazioni sono i veri diritti, quelli più importanti, mentre i diritti di terza o quarta generazione sono solo delle brutte copie, degli abusi retorici, e dei rischi per l'integrità dei “veri” diritti»²¹.

Sarà proprio la necessità di ragionare intorno a “diritti pratici ed effettivi” e non “teorici o illusori”, ossia il grande perno di tutta la produzione giurisprudenziale e dell'intero sistema di tutela dei diritti della Corte EDU, a costituire il versante critico più evidente alla costruzione dei diritti “per generazioni”. Il faro dell'effettività, infatti, riduce notevolmente, nell'interpretazione

¹⁶ Come ben ricordato da PINO (2013, 97-98, nota n. 31): «Nella letteratura che impiega lo schema della successione delle generazioni di diritti, a dire il vero, sono presenti due differenti convenzioni classificatorie. In base ad una prima impostazione, vi sarebbe una prima generazione composta dai diritti di libertà (civili e politici), una seconda generazione composta dai diritti sociali, una terza generazione composta da diritti “collettivi” e di solidarietà (diritto allo sviluppo, all'ambiente salubre, alla pace...); questa impostazione sembra avere origine in [VAŠÁK 1977], e ha influenzato soprattutto la letteratura anglosassone...In base ad una seconda impostazione, che è stata seguita nel testo, i diritti della prima generazione sono i diritti civili, i diritti della seconda generazione sono i diritti politici, i diritti della terza generazione sono i diritti sociali, e i diritti di quarta generazione sono tutti gli altri».

¹⁷ UN General Assembly (1966a) International Covenant on Civil and Political Rights. <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr.pdf>.

¹⁸ UN General Assembly (1966b) International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights. <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr.pdf>.

¹⁹ L'art. 2.1 ICCPR recita: «Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals», mentre l'art. 2.1 ICESCR afferma: «Each State Party to the present Covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures». Lo stemperarsi di questa distinzione è testimoniato dal fatto che nel 2008 è stato proposto un protocollo aggiuntivo all'ICESCR per le Parti che vogliono elevare il ruolo dei diritti sociali, economici e culturali a quello dei diritti civili e delle libertà politiche (SENYONJO 2011).

²⁰ PINO 2013, 97-98.

²¹ Ivi, 98. Su questo filone critico, si vedano ZOLO 2003 e BIN 2000.

della Corte, la portata della distinzione tra diritti di prima e di seconda generazione, sin dalla sentenza *Airey* del 1979.

In virtù di questa precisa scelta interpretativa, la Corte ha costruito nel tempo una giurisprudenza dinamica ed evolutiva che è andata a toccare in maniera diretta la possibilità di godere delle prestazioni e delle misure di welfare. Questo è stato fatto in relazione a vari articoli della Convenzione, ma trova un punto di dinamica strategia argomentativa volta a garantire l'effettività dei diritti nell'uso dell'art. 1 Protocollo I della Convenzione, il diritto di proprietà²², un diritto che, significativamente, non era ricompreso nel testo originale della Convenzione e viene inserito solo successivamente attraverso il Protocollo Opzionale.

È interessante notare come tale fenomeno ricalchi il processo argomentativo-interpretativo seguito dalla Corte Suprema degli Stati Uniti quando, negli anni Settanta, ha iniziato a costruire la propria giurisprudenza sulle misure del welfare come diritti azionabili dai singoli (SUNSTEIN 2004).

Nella sentenza del 1970 *Goldberg c. Kelly*²³ la Corte Suprema affermava, infatti, per la prima volta, che le prestazioni sociali costituiscono una sorta di “nuove proprietà”, che godono della protezione della *due process clause* (la clausola del giusto processo costituzionale). Il caso originava dal rifiuto di fornire un'udienza prima di rimuovere chiunque dai cosiddetti *welfare rolls* (le liste dei beneficiari delle misure e delle tutele dello Stato sociale statunitense). In base alla *due process clause*, il diritto ad avere un'udienza (ossia un concreto rimedio giurisdizionale) era collegato alle dimensioni relative alla “vita, libertà o proprietà” di una persona. Tradizionalmente le prestazioni sociali, considerate un mero beneficio e non un diritto (REICH 1964), non risultavano coperte dalla clausola del *due process*.

In *Goldberg*, la Corte Suprema degli Stati Uniti abbandona per la prima volta la distinzione “diritto-beneficio” e stabilisce che le misure collegate al *welfare* costituiscono una forma di “proprietà costituzionale”²⁴ (SUNSTEIN 2004), dal momento che: «dalla sua fondazione, l'impegno fondamentale della Nazione è stato quello di promuovere la dignità e il benessere di tutte le persone all'interno dei suoi confini»²⁵. In una nota a piè di pagina, la Corte afferma che «può essere realistico oggi considerare i diritti sociali come “proprietà” più che come “mancia”. Gran parte della ricchezza esistente di questo paese prende la forma di diritti che non cadono all'interno dei tradizionali concetti di proprietà di diritto comune»²⁶.

Il processo di argomentazione strategica seguito dalla Corte EDU riecheggia queste parole. Anche nel contesto convenzionale non si impone direttamente agli Stati di prevedere specifici strumenti di *welfare* e se in un primo momento il diritto a fruire di una particolare prestazione sociale è stato considerato alla stregua di un diritto di proprietà tutelato ai sensi dell'articolo 1 del citato Protocollo addizionale solo in presenza di un collegamento diretto tra il livello dei contributi versati e le prestazioni concesse (*Müller c. Austria*²⁷), in una serie di casi successivi la Corte ha costantemente affermato che anche una prestazione sociale in un regime non contributivo potrebbe costituire una “proprietà” ai fini dell'articolo 1 del Protocollo n. 1²⁸.

²² Articolo 1 Protocollo Addizionale alla CEDU, Tutela della Proprietà: «1. Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law. 2. The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties».

²³ *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970).

²⁴ Ivi, § 265: «Public assistance, then, is not mere charity, but a means to promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity».

²⁵ Ivi, §§ 264-265.

²⁶ Ivi, § 262, nota n. 8.

²⁷ *Müller c. Austria*, ricorso n. 5849/72, 16 Dicembre 1974.

²⁸ Si vedano: *Bucheň v. the Czech Republic*, no. 36541/97, 26 novembre 2002, § 46; *Koua Poirrez v. France*, no. 40892/98, ECHR 2003-X, § 37; *Wessels-Bergervoet v. the Netherlands* (dec.), no. 34462/97, 3 ottobre 2000, § 46; *Van den*

Spesso la decodifica giuridica di questi casi porta la Corte a osservarli nell'ottica del combinato disposto dell'art. 1 del Protocollo n. 1 come connesso all'art. 14 della Convenzione, ossia al divieto di discriminazioni (ROMEO 2011). Il ragionamento della Corte è strutturato secondo una linea argomentativa che parte dal constatare che l'art. 1 non attribuisce *ex se* l'obbligazione positiva per gli Stati di approntare prestazioni assistenziali o previdenziali (né tantomeno impone l'istituzione di un sistema di sicurezza sociale a struttura contributiva o a fiscalità generale), tuttavia, nel momento in cui il singolo Stato abbia istituito tali sistemi, questi ingenerano un interesse economico (e una legittima aspettativa) in tutti coloro soddisfino i requisiti per accedere alle misure previste a parità di condizioni e in regime di non discriminazione.

4. Il diritto alla residenza nell'elaborazione giurisprudenziale della Corte EDU. Un diritto dai molti volti, ma ancora in costruzione

Il diritto a stabilire la residenza in un luogo prescelto, sul piano sostanziale e formale, è un diritto che può essere decodificato, all'interno della trama convenzionale, in due diverse disposizioni. Da un lato, infatti, è possibile determinarne la portata all'interno dell'art. 8 della Convenzione²⁹, ossia al diritto alla vita privata e familiare, dall'altro, con l'entrata in vigore del Protocollo IV alla Convenzione, è possibile affrontare il tema del diritto alla residenza nell'ambito dell'art. 2 del Protocollo stesso³⁰, ossia al diritto di libertà di movimento e di stabilire liberamente la propria residenza all'interno degli Stati membri del Consiglio d'Europa.

Sebbene vi sia una indubbia relazione tra questi due diritti, non è possibile applicare gli stessi criteri a entrambe le previsioni. L'articolo 8 non può essere interpretato nel senso di conferire il diritto a vivere in una determinata località³¹, mentre l'articolo 2 § 1 del Protocollo n. 4 sarebbe privo di qualsiasi significato se non richiedesse agli Stati membri di tenere conto delle preferenze individuali in tema di residenza³².

Abbiamo scelto di affrontare la questione del diritto di residenza a partire dall'analisi di due sentenze recenti relative, rispettivamente, all'art. 8 e 2 §1 Protocollo n. 4, in modo da verificare e presentare la prospettiva argomentativa che la Corte Europea sta impiegando in questa materia.

Il primo caso, *Garib v. the Netherlands*, mette in discussione la legislazione che permetteva ad alcuni municipi olandesi, tra cui Rotterdam, di selezionare i nuovi residenti in base alle fonti di reddito per aree designate della città e in corrispondenza a un piano di de-ghettizzazione urbana (la cosiddetta «Legge sui problemi dei centri urbani»)³³. La ricorrente nel caso *Garib* era una gio-

Bouwhuijsen and Schuring v. the Netherlands (dec.), no. 44658/98, 16 dicembre 2003.

²⁹ Articolo 8 CEDU – Diritto al rispetto per la vita privata e familiare: «1. *Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.* 2. *There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic wellbeing of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others*».

³⁰ Articolo 2, Protocollo N. 4 CEDU: «1. *Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence.* 2. *Everyone shall be free to leave any country, including his own.* 3. *No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are in accordance with law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the maintenance of order public, for the prevention of crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.* 4. *The rights set forth in paragraph 1 may also be subject, in particular areas, to restrictions imposed in accordance with law and justified by the public interest in a democratic society*».

³¹ *Ward v. the United Kingdom* (dec.), no. 31888/03, 9 novembre 2004 e *Codona v. the United Kingdom* (dec.), no. 485/05, 7 febbraio 2006.

³² *Garib v. the Netherlands* [GC], no. 43494/09, ECHR 2017, §§ 140-141.

³³ Si tratta di una normativa dovuta alla necessità affrontare i crescenti problemi sociali nelle zone interne di Rotterdam, derivanti dall'impoverimento causato dalla disoccupazione e dalla tendenza a trasferire altrove le attività

vane madre single, di nazionalità olandese, che, abitando dal 2005 in un immobile nel quartiere di Tarwewijk (area designata di Rotterdam dal 2006, secondo la nuova normativa), chiedeva un *housing permit* nel quartiere stesso. Tuttavia, la sua domanda veniva respinta con una doppia motivazione. Da un lato, infatti, il rigetto veniva motivato sulla base del fatto che la ricorrente non era stata residente nella regione metropolitana di Rotterdam per il periodo richiesto (5 anni). Dall'altro, si notava che la ricorrente non soddisfaceva il requisito di reddito previsto dalla legislazione (dal momento che, come disoccupata, beneficiava di misure di sicurezza sociale, ma non aveva ulteriori fonti di reddito proprie). I successivi ricorsi interni non venivano accolti e la ricorrente si rivolgeva, quindi, alla Corte EDU.

Dopo la decisione di non violazione della Camera semplice, nel settembre 2016 il caso veniva deferito alla Grande Camera su richiesta della ricorrente. La Grande Camera confermava la decisione di non violazione basandosi, da un lato, sull'ampio margine di apprezzamento rimesso agli Stati in una materia così complessa e difficile come quella dello sviluppo delle grandi città, dall'altro sulla legittimità dell'interferenza nel godimento del diritto a scegliere liberamente la propria residenza. In particolare, tale interferenza era considerata legittima in quanto la legislazione era stata promulgata dalle autorità olandesi, al fine di risolvere i problemi dei disordini sociali riscontrati nei quartieri più svantaggiati, incoraggiando una maggiore *mixité* sociale e promuovendo così la "deghettizzazione" di tali aree urbane. Tale provvedimento consentiva alle autorità di subordinare il trasferimento in alcune zone al rilascio di un'autorizzazione alla residenza per l'ottenimento della quale era richiesto un certo livello di reddito.

La Corte riconosceva che il rigetto dell'istanza della ricorrente da parte delle autorità nazionali potesse essere considerato come un'interferenza con la sua libertà di scelta della residenza, come garantita dall'art. 2 del Protocollo n. 4, ma valutava tale interferenza legittima. La decisione della maggioranza (presa per 12 voti su 17) veniva corredata da ben 3 opinioni dissenzienti che discutono, in particolare dell'analisi *in abstracto* compiuta dalla Corte. La Corte si sarebbe limitata, infatti, a considerare la legittimità delle misure generali, senza andare a testare i loro effetti in concreto sulla situazione individuale della ricorrente. Nello specifico, tali effetti sarebbero stati quelli di perpetrare una discriminazione indiretta di tipo istituzionale, nella forma specifica (e insidiosa, perché ancora scarsamente riconosciuta) della discriminazione basata sulla precarietà o marginalità sociale.

In particolare, l'opinione dissenziente del giudice Paulo Pinto de Albuquerque³⁴ discute la stessa legittimità della politica urbana perseguita dalla legislazione olandese. Ciò che la maggioranza della Corte vede e interpreta come una misura di riqualificazione urbana, dettata dalla *ratio* di contribuire alla de-ghettizzazione di aree disagiate e di promuovere la *mixité* sociale, appare, invece, per le modalità con cui viene elaborata, come una misura di gentrificazione (GLASS 1964) portata avanti attraverso il concetto di ordine pubblico interpretato sulla base della voluta confusione dei piani socio-economico e penale.

Come afferma Pinto de Albuquerque:

«It would thus appear that the relevant housing policy actually stems from the perpetuation of confusion between poverty and public order offences and is testament to a real phobia of the poor, giving rise to deep-rooted negative stereotypes. It can be noted in this connection that the cause of incivility and other social disorder in the areas concerned by the legislation has been attributed to individuals who have no work income. While there is no doubt that it is commendable to ensure a social mix, it is nevertheless a somewhat dangerous short-cut to assimilate poverty with insecurity – or even criminality».³⁵

economica lucrative. Le autorità nazionali cercavano con tale normativa di invertire queste tendenze favorendo i nuovi residenti il cui reddito era legato a un'attività economica. L'intenzione era quella di promuovere la diversità e di contrastare la stigmatizzazione di particolari aree urbane come adatte solo ai gruppi sociali più svantaggiati.

³⁴ *Garib v. the Netherlands, Dissenting Opinion of Judge Pinto de Albuquerque, joined by Judge Vehabović.*

³⁵ *Garib v. the Netherlands*, §8.

Insomma, prosegue Pinto de Albuquerque, tale politica urbanistica olandese viene fondata sull'assimilazione del concetto di povertà a quello di insicurezza sociale attraverso la nozione di ordine pubblico. Nozione quanto mai ambigua e spesso utilizzata dagli Stati membri per ancorare e ampliare il margine di apprezzamento a loro rimesso nel sistema convenzionale, ma che va, invece, decodificata nella sua dimensione dinamica. Appare, infatti, sempre più consolidata una lettura diversa dell'ordine pubblico, come necessariamente integrante una dimensione internazionale.

Si tratta, insomma, di quel concetto di “ordine pubblico internazionale” che anche la Corte EDU ha elaborato come fondamento comune europeo³⁶, che comprende necessariamente la Convenzione EDU, così come interpretata dalla Corte, così come il diritto dell'Unione Europea.

In questo senso, il concetto storico di *ordre public* (PALAIA 1974; BARILE 1953; GROSSI 2008), dalla sua genesi strettamente legata ai poteri di polizia nel *Code Napoléon*³⁷, si è evoluto in maniera dinamica a ricomprendere il complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria³⁸. Il legame, pur sempre necessario con l'ordinamento nazionale, invece, è da intendersi limitato ai principi fondamentali desumibili, in primo luogo, dal diritto interno, oltretutto – laddove compatibili con essa (come nella materia in esame) – dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

D'altra parte, come mostra l'*Explanatory Report* sull'art. 2 Protocollo n.4 (CoE, 1963) la costruzione del diritto di scegliere liberamente la propria residenza, in quanto diritto relativo, ammette limitazioni, come espressamente previsto. Tuttavia queste limitazioni non possono derivare da ragioni di puro interesse economico, così rifiutando espressamente la interpretazione mercantile³⁹ del diritto in questione.

Passando quindi all'applicazione del principio di effettività della tutela a livello individuale, dal momento che, come la Corte ha affermato per la prima volta espressamente nella causa *Handyside c. Regno Unito*, la tutela convenzionale: «covers not only the basic legislation but also the decision applying it, even one given by an independent court»⁴⁰, è necessario prendere in considerazione gli effetti della misura a livello individuale.

Tali effetti, dice il giudice dissenziente, assumono la veste di una discriminazione intersezionale con base nella precarietà sociale della ricorrente, donna single, madre di due bambini, priva di reddito e percettrice di sussidio sociale.

Il concetto di discriminazione intersezionale, nato all'interno della riflessione femminista (CRENSHAW 1989) si basa sull'idea che in una condizione di svantaggio, la stratificazione dei gradi di discriminazione progressiva sia più che proporzionalmente focalizzata sulle persone

³⁶ Segnatamente a partire dalla sentenza *Loizidou v. Turkey* (preliminary objections), 23 marzo 1995, § 75, Series A no. 310. Si veda, a tale proposito l'estesa ricostruzione della nozione europea di ordine pubblico svolta da DZEHTSIAROU 2021.

³⁷ Già, infatti, il *Code Napoléon* (art. 6) stabiliva che «On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs». Così anche il codice civile italiano del 1865, dopo aver dettato alcune regole di diritto internazionale privato disponeva (art. 12 disp. prel.): «Nonostante le disposizioni degli articoli precedenti, in nessun caso le leggi, gli atti e le sentenze di un paese straniero, e le private disposizioni e convenzioni potranno derogare alla leggi proibitive del regno che concernano le persone, i beni o gli atti, né alle legge riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico ed il buon costume». Si introduceva, quindi quella funzione di limite dell'ordine pubblico alla introduzione di norme e istituti di diritto tale limite deriva non dalla necessità di garantire indistinte esigenze della coscienza sociale di una determinata comunità statale, ma da quella di impedire ogni deroga nell'applicazione di norme e principi essenziali.

³⁸ Se prendiamo l'esempio dell'ordinamento giuridico italiano, questa impostazione è stata affermata da Cassazione, Sez. I, 30/09/2016, n. 19599.

³⁹ *Dissenting Opinion of Judge Pinto de Albuquerque*, §14.

⁴⁰ *Handyside v. the United Kingdom*, 7 dicembre 1976, § 49.

meno protette e più esposte a livello sociale ed economico. In questo contesto, donne e straniere/i subiscono i più alti livelli di discriminazione (SEN 2001).

Insomma, il fenomeno della discriminazione intersezionale appare più insidioso di quello della discriminazione multipla (in cui molteplici fattori di discriminazione si manifestano in un caso di discriminazione nei confronti di una stessa persona), perché la compresenza di fattori di discriminazione non comporta un semplice aumento delle probabilità di discriminazione, ma ogni fattore è capace di rafforzare l'altro in un meccanismo di autogenerazione discriminatoria (FREDMAN 2016)⁴¹.

L'ulteriore particolarità di questa discriminazione è quella di costituire una discriminazione istituzionale indiretta. Nell'articolazione ermeneutica della Corte EDU⁴², la discriminazione indiretta è definita a partire dal risultato sproporzionatamente pregiudizievole di una politica o di una misura generale che, anche se formulata in termini neutrali, ha un particolare effetto discriminatorio su uno specifico gruppo di individui (*Biao c. Danimarca* [GC], 2016, § 103; *D.H. e altri c. Repubblica Ceca* [GC], 2007, § 184; *Sampanis e altri c. Grecia*, 2008, § 67).

La discriminazione indiretta, inoltre, non richiede necessariamente un'intenzione discriminatoria (*Biao c. Danimarca* [GC], 2016, § 103; *D.H. e altri c. Repubblica Ceca* [GC], 2007, § 184).

Le discriminazioni istituzionali, invece, sono definite dal Glossario UNAR come quelle discriminazioni che si producono

«quando un ente pubblico o una qualsiasi altra istituzione manca di fornire un servizio appropriato e professionale o prevede una norma o un regolamento che pregiudicano una particolare categoria di persone si configura una discriminazione istituzionale. La principale caratteristica di questa forma di discriminazione è che si esplica in modo impersonale attraverso regolamenti, procedure e prassi».

Fenomeni di discriminazioni istituzionali indirette si rinvencono principalmente nella forma di discriminazioni nell'accesso alle tutele sociali. Nello specifico, la norma neutrale e il trattamento differenziale sfavorevole si manifestano attraverso l'inserimento, rivolto a tutti e quindi "neutro", di requisiti che invece incidono in maniera più che proporzionale su una parte della popolazione.

La principale caratteristica delle discriminazioni istituzionali è data dall'amplificazione del fenomeno della "normalizzazione della discriminazione" (CIUFFOLETTI 2018). Istituzionalizzare le discriminazioni, infatti, ossia renderle pratica ordinaria di enti pubblici, nazionali o locali, offusca la capacità delle vittime di percepirsi come persone discriminate. La mancata percezione della discriminazione da parte delle vittime deriva, infatti, dal semplice principio dell'affida-

⁴¹ Fredman distingue tra: 1) discriminazione multipla sequenziale – quando una persona subisce una discriminazione per motivi diversi in occasioni separate, 2) discriminazione multipla aggiuntiva – quando una persona subisce una discriminazione nella stessa occasione ma per due motivi diversi e non intersecati fra loro e 3) discriminazione intersezionale che si produce quando due o più motivi operano contemporaneamente e interagiscono in modo inseparabile, dando vita a forme di discriminazione distinte e specifiche. Ad esempio, una giovane donna rom è discriminata sul mercato del lavoro perché è rom e viene percepita come "pericolosa", perché è una donna, ed è quindi "destinata ad avere presto dei figli", e perché è giovane e quindi inesperta. In particolari circostanze, la combinazione di questi fattori crea una sinergia negativa, cosicché la discriminazione non può essere intesa come la sola aggiunta di criteri. Essendo considerata inesperta e incompetente, la donna condivide con i giovani alcune esperienze di discriminazione; essendo assunta in un ruolo tradizionale, condivide esperienze con altre donne; ed essendo percepita come pericolosa, condivide esperienze con tutti i Rom, compresi gli uomini. Tuttavia, è la particolare intersezione di tutti questi fattori che rende il suo caso individuale.

⁴² Che si è sviluppata, conviene ricordarlo, in parallelo rispetto alle definizioni contenute nella Direttiva del Consiglio UE 29.06.2000 n. 2000/43/CE, Parità di trattamento indipendentemente dalla razza e origine etnica, art. 2.2, c.d. direttiva "Razza" (si noti che ai fattori summenzionati si deve aggiungere la nazionalità ex art. 43 d.lgs. 286/1998) e nella Direttiva 2000/78/CE del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, c.d. direttiva "Occupazione".

mento che i soggetti ripongono nell'agire legittimo delle istituzioni e della pubblica amministrazione (GIDDENS 1990; ARENA 2005; LUHMANN 2002).

Basandosi su queste dimensioni tipiche delle discriminazioni istituzionali indirette e dell'intersezionalità data dall'analisi della particolare condizione della ricorrente, la Corte avrebbe potuto valorizzare, secondo il principio dell'effettività della tutela, le ricadute concrete della normativa olandese in base agli effetti sul piano individuale. In particolare la lesione del diritto di residenza della ricorrente andava letta nella sua dimensione discriminatoria con base nella precarietà economica e nella caratteristica intersezionalità del caso concreto, riuscendo a valutare in concreto la specifica vulnerabilità contestuale della vittima della discriminazione: donna, single, madre di due figli, socialmente ed economicamente fragile.

Se sul piano dell'art. 2 Protocollo n. 4 sembra che la Grande Camera della Corte EDU non si sia confrontata con la dimensione dell'effettività delle tutele, un altro caso può servire a gettare una luce sulla reale portata della tutela dei diritti convenzionalmente protetti in relazione alla dimensione della residenza.

Si tratta del caso *Hoti v. Croatia*⁴³ che riguardava un ricorrente apolide, nato nella regione autonoma del Kosovo, nel territorio dell'ex Jugoslavia. I genitori del ricorrente erano rifugiati politici provenienti dall'Albania. Nel 1979 il ricorrente si era trasferito in Croazia. In seguito alla disgregazione dell'ex Jugoslavia, il suo status di regolarità sul territorio era passato attraverso molte fasi e regimi giuridici e le sue richieste di regolarizzazione e di iscrizione nel registro della popolazione residente erano state costantemente rigettate. Il ricorrente si trovava, quindi, nell'impossibilità di dimostrare la situazione di residenza continuata e di regolarizzare così definitivamente il proprio status sul territorio croato.

Basandosi sull'*amicus curiae* dell'UNHCR⁴⁴, il ricorrente sosteneva, infatti, che, a seguito del rigetto della cittadinanza croata e rimasto privo di qualsiasi status giuridico che gli garantisse il diritto di soggiorno in Croazia, aveva di fatto perso l'accesso ai diritti sociali ed economici, come i diritti connessi al lavoro e le prestazioni sociali a esso associate, il diritto all'assicurazione sanitaria e alle prestazioni pensionistiche. Inoltre, se identificato dalla polizia, poteva essere soggetto a detenzione fino a diciotto mesi ed eventualmente alla misura dell'espulsione dal territorio nazionale.

La Corte esamina il caso sulla base della propria giurisprudenza in materia di stranieri ai quali, nonostante i molti anni di "residenza effettiva" in un paese ospitante, non veniva garantita una procedura di regolarizzazione del proprio status di residenza.

Contrariamente al caso precedente la Corte si misura con gli effetti concreti della legislazione croata sulle condizioni di vita del ricorrente, valorizzando il fatto che lo stesso permaneva nella sua situazione di disoccupazione in quanto la prospettiva di trovare un lavoro era di fatto ostacolata dalla mancata regolarizzazione del proprio status connesso alla residenza. La stessa possibilità di ottenere una normale assicurazione malattia o diritti pensionistici risultava compromessa. In tali circostanze, in particolare in considerazione dell'età avanzata del ricorrente e del fatto che egli aveva vissuto in Croazia per quasi quarant'anni senza avere alcun legame formale o di fatto con nessun altro paese, l'incertezza dello status aveva influito negativamente sulla sua vita privata.

In questo caso, il ragionamento della Corte è costruito attraverso la logica delle obbligazioni positive dello Stato ai fini dell'effettivo godimento di un diritto convenzionale, l'art. 8 della Convenzione. La Corte conclude affermando il mancato rispetto, da parte dello Stato convenuto, dell'obbligo positivo di prevedere una procedura efficace e accessibile o una combinazione di procedure tale da consentire al ricorrente di regolarizzare le questioni relative alla residenza e al

⁴³ *Hoti v. Croatia*, n. 63311/14, 26 aprile 2018.

⁴⁴ UNHCR Amicus Curiae: *Submission by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees in the Case of Bedri HOTI. v. Croatia (Application No.63311/14)*, 3 luglio 2015, consultabile presso: <https://www.refworld.org/publisher,UNHCR,AMICUS,SRB,560a2cdb4,o.html>.

proprio *status* migratorio in Croazia, tenendo debitamente in conto i suoi interessi privati ai sensi dell'articolo 8.

Seppur in questo caso fosse richiesto anche l'accertamento della violazione della tutela antidiscriminatoria, la Corte si accontenta della violazione dell'art. 8 della Convenzione e non si addentra nell'analisi della discriminatorietà intrinseca delle politiche e della legislazione croata.

5. Conclusioni

La lettura congiunta di questi due casi, mostra come la natura dinamica e ampia della tutela offerta dall'art. 8 della Convenzione è capace di alimentare la costruzione argomentativa della Corte in una fattispecie, quella del diritto di residenza, letta nella sua dimensione di elemento profondamente legato alla vita privata e all'autodeterminazione.

Al contempo ci permette di saggiare l'efficacia strategica nell'uso dei consolidati principi argomentativi della Corte, in particolare per quanto riguarda l'effettività della tutela. La decisione in *Garib*, infatti, appare particolarmente carente proprio sul fronte dell'individualizzazione della risposta giudiziale, dell'analisi del caso concreto e della effettiva tutela individuale offerta dalla Convenzione.

Le tre *dissenting opinions*, mostrano come «l'occasione perduta è quella che conta»⁴⁵ e come appaia prevedibile, in un futuro prossimo, la costruzione di una nuova argomentazione sulla portata del diritto di scegliere liberamente la propria residenza, di cui all'art. 2 Protocollo n.4, che tenga in debita considerazione la dimensione personale dell'interferenza e l'eventuale connessione con la clausola antidiscriminatoria di cui all'art. 14 della Convenzione.

Infine, una lettura che valorizzi la giurisprudenza europea ormai consolidata in tema di accesso alle prestazioni sociali come “proprietà convenzionali”, potrebbe ricostruire il nesso funzionale tra diritto di stabilire la propria residenza e accesso alle prestazioni sociali stesse. In questo senso molte delle dimensioni problematiche in tema di accesso alla residenza nei contesti nazionali europei si prestano a essere codificate e costruite sulla base di questa connessione.

⁴⁵ È una frase tratta da DE SAINT EXUPERY 1948, come citato nella *Dissenting Opinion of Judge Pinto de Albuquerque*.

Riferimenti bibliografici

- 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, III ss.
- ARENA G. 2005. *Comunicazione pubblica e fiducia*, in «Rivista Italiana di Comunicazione Pubblica», 25, 2005, 10 ss.
- ATKINSON R., BRIDGE G. 2005. *Gentrification in a Global Context: The New Urban Colonialism*, Routledge.
- BAKER J.H. 2002. *An Introduction to English Legal History*, Oxford University Press.
- BARILE G. 1953, *Il soggetto privato nella costituzione italiana*, CEDAM (1953).
- BATES E. 2011. *The Birth of the European Convention on Human Rights – and the European Court of Human Rights*, in CHRISTOFFERSEN J., MADSEN M. R. (eds.), *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford; online ed., Oxford Academic, 22 September 2011.
- BIANCHI A., PEAT D., WINDSOR M. (eds.) 2015. *Interpretation in International Law*, Oxford University Press.
- BIN R. 2000. *Diritti e fraintendimenti*, in «Ragion pratica», 14, 2000, 15 ss.
- BERLIN I. 1990. *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press.
- BLACKSTONE W. 1765-1769. *1 Commentaries on the Laws of England* 23, Clarendon Press.
- BOBBIO N. 1990. *L'età dei diritti*, Einaudi.
- BOBBIO N. 1999. *Sui diritti sociali*, in ID., *Teoria generale della politica*, a cura di M. Bovero, Einaudi, 458 ss.
- CARTABIA M. 2007. *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in EAD. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, 13 ss.
- CIUFFOLETTI S. 2018. *Dignità, pluralismo, antidiscriminazione. Decodificare e contrastare le discriminazioni giuridicamente rilevanti*, in ANCI Toscana (a cura di), *Contrastare le prassi discriminatorie con l'Antidiscriminazione. Manuale delle buone pratiche*, 21 ss.
- COUNCIL OF EUROPE 1963. *Explanatory Report to Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Securing Certain Rights and Freedoms Other than Those Already Included in the Convention and in the First Protocol Thereto*, Strasbourg, consultabile presso: <https://rm.coe.int/16800c92co>
- CRENSHAW K. 1989. *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in «University of Chicago Legal Forum», 1, 1989, 139 ss.
- DE SAINT EXUPERY A. 1948. *Citadelles*, Gallimard.
- DZEHTSIAROU K. 2021. *Can the European Court of Human Rights Shape European Public Order?*, Cambridge University Press.
- DOMARADZKI S., KHVOSTOVA M. & PUPOVAC D. 2019. *Karel Vasak's Generations of Rights and the Contemporary Human Rights Discourse*, in «Human Rights Review», 20, 2019, 423 ss.
- DWORKIN R. 1992. *Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should Be Overruled*, in «University of Chicago Law Review», 59, 1, 1992, 381 ss.
- DWORKIN R. 1993. *Life's Dominion: An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, Alfred A. Knopf.
- FERRARA M. 2022. *I rapporti tra diritti di libertà e diritti sociali nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Editoriale scientifica.

- FREDMAN S. 2016. *Intersectional Discrimination in EU Gender Equality and Non-Discrimination Role*, Directorate Justice and Consumers.
- GIDDENS A. 1990. *The Consequences of Modernity*, Polity Press.
- GLASS R. 1964. *London: Aspects of Change*, Macgibbon & Kee.
- GROSSI P. 2008. *Prima lezione di diritto*, Laterza.
- GUASTINI R. 2011. *Interpretare e Argomentare*, Giuffrè.
- HARRIS D.J., O'BOYLE M., BATES E.P., BUCKLEY C.M. 2018. *Harris, O'Boyle, and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press.
- KÄLIN W., KÜNZLI J. 2019. *The Law of International Human Rights Protection*, Oxford University Press.
- LETSAS G. 2007. *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press.
- LETSAS G. 2010. *Strasbourg's Interpretive Ethic: Lessons for the International Lawyer*, in «European Journal of International Law», 3, 509 ss.
- LUHMANN N. 2002. *La Fiducia*, il Mulino.
- MATTEI U. 1987. *Diritto e rimedio nell'esperienza italiana ed in quella statunitense. Un primo approccio*, in «Quadrimestre», 2, 1987, 341 ss.
- PALAIÀ N. 1974. *L'ordine pubblico «internazionale»*, Cedam.
- PINO G. 2013. *Crisi dell'età dei diritti?*, in «Etica & Politica / Ethics & Politics», XV, 1, 2013, 87 ss.
- PIZZORUSSO A. 2002. *Il patrimonio costituzionale europeo*, il Mulino.
- REICH C.A. 1964. *The New Property*, in «Yale Law Journal», 5, 1964, 733 ss.
- RODOTÀ S. 1990. *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, il Mulino.
- ROMEO G. 2011. *Civil Rights v. Social Rights nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: c'è un giudice a Strasburgo per i diritti sociali?*, in MEZZETTI L., MORRONE A. (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo*, Giappichelli, 487 ss.
- 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.
- SEN A. 2001. *The Nature and Consequences of Gender Inequality*, in BHANDARE M. C. (ed.), *Struggle for Gender Justice: Justice Sunanda Bhandare Memorial Lectures*, Penguin Books India, 122 ss.
- SSENYONJO M. 2011. *Reflections on State Obligations with Respect to Economic, Social and Cultural Rights in International Human Rights Law*, in «The International Journal of Human Rights», 6, 2011, 969 ss.
- SUDRE F. 2021. *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF.
- SUNSTEIN C. 2004. *The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever*, Basic Books.
- VAŠÁK K. 1977. *Human Rights: A Thirty-Year Struggle: The Sustained Efforts to Give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights*, in «UNESCO Courier», 11, 29 ss.
- WELLMAN C. 1999. *The Proliferation of Rights. Moral Progress or Empty Rhetoric?*, Westview Press.
- ZAGREBELSKY V. et al. 2022. *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, il Mulino.
- ZOLO D. 2003. *Fondamentalismo umanitario*, in IGNATIEFF M. (a cura di), *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Feltrinelli, 135 ss.

**IPOTIZZARE MONDI
ALTERNATIVI
CONTROFATTUALE
E CAUSALITÀ NEL DIRITTO**

GIUSEPPE CRICENTI



Ipotizzare mondi alternativi
Controfattuale e causalità nel diritto

Hypothesizing alternative worlds
Counterfactual and causality in law

GIUSEPPE CRICENTI

Giudice della corte di Cassazione.
E-mail: giuseppe@cricenti.it

ABSTRACT

Nella giurisprudenza sia civile che penale è frequente l'osservazione che il nesso di causa si accerta mediante giudizio controfattuale. L'attenzione che i giudici riservano a questa struttura di giudizio ha destato interesse anche tra i filosofi: David Lewis, considerato un rinnovatore delle riflessioni sui condizionali controfattuali, a dimostrazione della validità del ragionamento controfattuale, adduceva proprio l'uso che ne fanno di sovente i giudici. Inoltre, il giudizio controfattuale è ritenuto utile dagli storici e dagli economisti e se ne predica il ricorso in altre espressioni del sapere scientifico. Tuttavia, quando i giudici discorrono di controfattuale hanno tendenzialmente presente il giudizio condizionalistico (se non ci fosse A non ci sarebbe B), e dunque, si può dire, il giudizio controfattuale come era ipotizzato negli studi pionieristici di Goodman e di Chisholm. In quei termini quel giudizio, nella prospettiva del diritto, non funziona: non è in grado di far distinguere tra causa ed occasione e soprattutto non fornisce alcuna spiegazione del nesso di causa, bensì la presuppone. Si prova qui invece a fornire una applicazione, al giudizio causale che interessa il diritto, della più recente teoria del controfattuale di David Lewis e della sua prospettiva della semantica dei mondi possibili.

In both civil and criminal legal decisions it is common to observe that the causal link is ascertained through a counterfactual judgment. The attention that judges pay to this structure of judgment has also aroused interest among philosophers: David Lewis, regarded as a renewer of reflections on conditional counterfactuals, thought that the validity of counterfactual reasoning is demonstrated precisely by the use that judges often make of it. Furthermore, the counterfactual judgment is considered useful by historians and economists and its use is preached in other expressions of scientific knowledge. However, when judges discuss counterfactuals, they tend to have conditional judgments in mind (if there were no A there would be no B), and therefore, we can say, counterfactual judgments as hypothesized in the pioneering studies of Goodman and Chisholm. In those terms that judgment, from the point of view of law, does not work: it is not able to distinguish between cause and occasion and above all it does not provide any explanation of the causal link, but rather presupposes it. Here instead I try to provide an application, to the causal judgment that affects law, of David Lewis's most recent counterfactual theory and his perspective of the semantics of possible worlds.

KEYWORDS

Controfattuale, nesso di causa, omissioni, condizionali, causalità giuridica

Counterfactuals, causation, omissions, conditionals, causation in the law

Ipotizzare mondi alternativi

Controfattuale e causalità nel diritto

GIUSEPPE CRICENTI

1. Cosa è il controfattuale – 2. I mondi possibili – 3. Il controfattuale nella omissione – 4. I giudizi controfattuali dei giudici – 5. I giudizi controfattuali degli storici – 6. Le critiche al modello controfattuale – 7. Chiariamenti. L'utilità del modello di Lewis

1. Cosa è il controfattuale

Voglio sapere se A ha causato B. Secondo una tradizione di pensiero, posso saperlo soltanto operando un ragionamento controfattuale, del tipo: “se non ci fosse stato A, ci sarebbe stato B?”. In questo enunciato, A si dice antecedente e B conseguente.

Come si può intuire, il controfattuale è un tipo di condizionale in cui l'antecedente è falso¹, o è presunto essere falso: se dico “se ci fosse stato A”, è perché ritengo che A non c'è stato, ma la sua verità è immaginata, ossia immagino che A si sia verificato e ne traggio una conseguenza (si sarebbe verificato B).

Per esempio: se il medico avesse inoculato il vaccino X, il paziente sarebbe guarito dalla infezione. Oppure: se questo fiammifero fosse stato sfregato si sarebbe acceso. In entrambi i casi diamo per scontato che l'antecedente (inoculare il vaccino, sfregare il fiammifero) non si è verificato.

Sono detti controfattuali, dunque, quei condizionali in cui l'antecedente nega un fatto conosciuto. E questo è un punto importante, perché sappiamo che i latini distinguevano accanto ai periodi ipotetici della irrealtà, ossia i controfattuali, anche i periodi della realtà e della possibilità: con una terminologia moderna, se l'antecedente, anziché essere falso, è vero, allora il condizionale è detto *fattuale*, se è indeterminato è detto *afattuale*².

L'articolo 1419 del codice civile (Nullità parziale) recita: «la nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità». Questo condizionale non è un controfattuale³, poiché l'antecedente non è falso, o non è necessariamente tale: quale sarebbe stata la volontà delle parti, se avessero saputo, è proprio ciò che va accertato. Si può dichiarare la nullità del contratto (il conseguente) solo se si accerta un certo antecedente: che le parti non avrebbero concluso il contratto senza quella parte. Non sappiamo, quando formuliamo l'ipotesi, quale sarebbe stata, o era, la volontà delle parti, che, per l'appunto va accertata, e che comunque non è né vera né falsa. Invece, nel controfattuale l'antecedente è

¹ È merito di Roderick Chisholm e Nelson Goodman aver richiamato l'attenzione su una importante classe di condizionali, definibili come controfattuali. GOODMAN 1947, 113-128.; CHISHOLM 1946, 289-307. Sintesi in MIRAGLIA 2015.

² Questa schematizzazione è fatta risalire a Filone di Mègara, un discepolo di Diodoro Crono, filosofo contemporaneo di Aristotele. Lo apprendiamo da Sesto Empirico, *Contro i matematici* (VIII. 113), il quale riferisce che secondo Filone ci sono tre modi in cui un condizionale può essere vero e uno solo in cui può essere falso: «infatti, un condizionale è vero quando comincia con una verità e finisce con una verità (ad esempio, “se è giorno, c'è luce”); vero anche quando comincia con una falsità e finisce con una falsità (ad esempio, “se la terra vola, la terra ha le ali”); analogamente è vero un condizionale che comincia con una falsità e finisce con una verità (“se la terra vola, la terra esiste”). Un condizionale è falso solo quando comincia con una verità e finisce con una falsità (ad esempio, “se è giorno, è notte”))».

³ Cfr., *contra*, TUZET 2016, II.

falso o è ritenuto tale, e questa falsità è presupposta, non è l'esito di un procedimento conoscitivo interno al giudizio ipotetico.

La stessa conclusione vale per l'ipotesi descritta dall'articolo 1424 c.c. (Conversione del contratto nullo): anche qui il conseguente (il contratto nullo può produrre gli effetti di un contratto diverso) presuppone non già la falsità dell'antecedente (le parti lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la falsità) ma presuppone una certa condizione (la volontà delle parti) che non è né vera né falsa, e che va comunque accertato quale sia.

Dunque, non basta che una proposizione dipenda da un'altra o ne sia condizionata, perché si dia controfattuale, in quanto il conseguente presuppone un antecedente contrario a realtà, e qui non lo è: il conseguente ("il contratto è nullo") non dipende da un antecedente contrario a realtà ("per le parti la clausola è essenziale"), ma dipende da un antecedente da accertare e qualificare. Occorre stabilire il peso dato dalle parti a quella clausola. Il giudizio sulla nullità del contratto non è dunque un giudizio controfattuale, ma è il tipico giudizio volto a ricostruire la volontà delle parti in un contratto. È vero, in sostanza, che c'è un rapporto di condizionamento come nel controfattuale: la nullità dell'intero contratto dipende dal ruolo (essenziale o meno) della clausola. Ma non è un condizionamento controfattuale, ossia tale in cui l'antecedente (l'elemento che condiziona "se fosse stato") è smentito dai fatti (o assunto per tale).

Allo stesso modo un condizionale del tipo "se lei se ne fosse andata, lui si sarebbe disperato", non è un controfattuale, proprio perché l'antecedente stabilisce qualcosa che non è contrario al fatto: in altri termini, chi formula l'ipotesi sa che è vera, lo dice per asserire che se lei lo lascia lui si dispera⁴.

Per contro, si può poi convenire sul fatto che se è necessario che l'antecedente sia falso, non è esclusa la natura di giudizio controfattuale quando l'antecedente è vero, ma è creduto falso da chi formula l'ipotesi⁵.

Il giudizio controfattuale presuppone dunque una ipotesi: di fronte alla serie causale effettiva, il giudice costruisce una serie causale ipotetica che confronta con la prima. Ciò significa che le ipotesi fatte per valutare il potere causale di ciascun antecedente sono immaginarie, non esistono che nel nostro pensiero. E qui è tutta la difficoltà del controfattuale.

2. I mondi possibili

Se questa è la forma universale del giudizio controfattuale, e del resto gli epistemologi sostengono che ogni legge (esempio "se venisse somministrato il chinino si guarirebbe dalla malaria") si dispone secondo un condizionale controfattuale, tuttavia le condizioni di verità dei giudizi controfattuali divergono. Divergono cioè le teorie su quali siano le condizioni perché un controfattuale possa dirsi vero: "se avessi alzato il mignolo, l'inverno scorso avrebbe fatto più freddo", è falso per molti, e lo potrebbe essere secondo un senso comune, ma è vero per altri.

Ora, qui non si può dare conto compiutamente di ciascuna delle teorie sui controfattuali, ed è peraltro da dire che non necessariamente i modelli filosofici di spiegazione controfattuale incontrano le esigenze del diritto. Ma buona parte dell'interesse rinnovato verso i controfattuali, ed anche per la loro supposta capacità di spiegare la causalità, di far conoscere la causa di un evento, derivano dalla impostazione, del tutto rivoluzionaria, che David Lewis ha dato al problema, rispetto al precedente approccio metalinguistico di Chisholm e Goodman⁶.

Il sistema elaborato da Lewis⁷ è molto complesso⁸, ma interessante anche per il diritto.

⁴ MONTAGUE 2006, 2.

⁵ MACKIE 1973, 71.

⁶ V. nota 1.

⁷ In diversi studi: LEWIS 1973a; LEWIS 1973b, 556-567; LEWIS 1976, 297-315. Molti dei suoi altri articoli, compresi gli

Cerco di semplificarlo al meglio.

La teoria di Lewis si fonda su un'analisi dei controfattuali, legati alla nozione di causalità, relativa alla teoria dei mondi possibili. L'idea è che un controfattuale è vero, se è vero nell'insieme di mondi possibili più vicini a quello attuale.

Ad esempio: “se il medico avesse somministrato il chinino, il paziente sarebbe guarito dalla malaria” è un controfattuale vero in tutti i mondi possibili in cui il chinino sia stato somministrato. Il controfattuale è invece falso in tutti i mondi, simili a quello verificatosi, in cui il paziente non è guarito dalla malaria nonostante il chinino.

Ipotizziamo allora,

Mondo reale (1) “Il medico non somministra chinino, il paziente muore di malaria”.

Mondo possibile (2) “Il medico somministra chinino, il paziente muore comunque di malaria”.

Mondo possibile (3) “Il medico non somministra chinino, il paziente guarisce comunque”.

Mondo possibile (4) “Il medico somministra chinino, il paziente guarisce”.

Il mondo 1 è quello che si è verificato, mentre il mondo 4 è il suo ribaltamento, quello che una corte utilizzerebbe per capire il mondo reale, ossia per sapere se è stata la omissione del medico a causare l'evento. Invece i mondi 2 e 3 sono un test per il controfattuale (4) in quanto, se fossero veri, il controfattuale sarebbe smentito.

Va però fatta una precisazione. Secondo Lewis i mondi possibili esistono allo stesso modo del mondo attuale: sono altrettanto “reali”. È una posizione nota come “realismo modale”, ossia come teoria di una pluralità di mondi reali. Significa questo: che è intuizione comune ad ogni teoria della causalità che esista un identico ordinamento tra gli eventi di un mondo, sia esso reale o no. In altri termini, l'ordinamento che si crea tra diversi eventi è identico sia nel mondo reale che in quello ipotetico, per cui tra i due non c'è alcuna differenza. Se io dico “Mario ha lanciato una pietra ed il vaso si è rotto” indico una causa del mondo reale, ma se dico “se Mario non avesse lanciato la pietra, il vaso non si sarebbe rotto” indico ugualmente una causa in un mondo ipotetico: in entrambi l'ordinamento degli eventi (causa- effetto) è identico, in quanto esso presuppone una successione causale tra due eventi che si mantengono. Questa conclusione è ovviamente resa possibile dal fatto che la causalità è anche una questione di linguaggio: la verità del controfattuale è verità di un enunciato. Il problema principale di Lewis è stabilire la condizione di verità dell'enunciato controfattuale. E sul piano del linguaggio, mondo reale e mondo ipotetico non si differenziano.

Che esista un identico ordinamento tra gli eventi del mondo, sia esso reale o ipotetico, è affermazione niente affatto innocua e ci servirà, lo vedremo in seguito, a spiegare il senso causale della omissione.

La verità del controfattuale dipende, dunque, dalla sua vicinanza al mondo attuale: la proposizione controfattuale (4) è tanto più vera quanto più simile al mondo attuale (1). È per questo che Lewis utilizza un ordinamento sui mondi. Per poter stabilire una relazione di somiglianza, occorre definire il mondo attuale con proposizioni vere: la relazione di somiglianza sarà data dalla presenza nei mondi possibili di quelle proposizioni vere. Ad esempio, dei due controfattuali seguenti (a) “Se Apollo fosse umano, sarebbe immortale” e (b) “Se Apollo fosse umano, sarebbe mortale”, è quest'ultimo ad essere più simile al mondo attuale che è fatto da umani mortali e non già immortali.

ultimi due prima citati, sono stati ripubblicati in LEWIS 1986a.

⁸ Va riconosciuto che nasce da intuizioni di STALNAKER 1968, 86-112, che prima di Lewis ha utilizzato la semantica dei mondi possibili.

La teoria di Lewis è ad oggi quella più completa sulla “verità” dei controfattuali, meglio, delle proposizioni che li esprimono. Si tratta di vedere se è utile per l’accertamento della causalità nel diritto.

Di certo, quando i giudici adoperano il termine “controfattuale” e quando lo utilizzano per accertare il nesso di causalità, non si riferiscono esattamente alla teoria di Lewis. La mia impressione è peraltro che essi non si riferiscano affatto al problema del controfattuale così come posto dalla filosofia negli ultimi settanta anni, piuttosto utilizzano l’espressione “controfattuale” in un senso generico, ossia per indicare una operazione mentale simile al test condizionalistico: se elimino mentalmente A, posso o no dire che non si verifica neanche B?

Vediamo meglio.

3. *Il controfattuale nella omissione*

L’occorrenza dei controfattuali nel linguaggio giuridico è altissima, poiché spesso essi non compaiono in modo esplicito, ossia nella forma “Se non-A, allora B”, ma si annidano in ogni asserto: se dico che l’omessa somministrazione di un farmaco è stata la causa dell’infezione, implicitamente riconosco che, se invece il farmaco fosse stato somministrato, l’infezione non si sarebbe verificata. Nell’asserto si cela un controfattuale. Anzi, si può ben dire che il rapporto logico che c’è tra asserti causali (omessa somministrazione del farmaco-infezione) e condizionali controfattuali, sta alla base della teoria controfattuale della causa.

In sostanza, i controfattuali corrispondono ad una forma comune di ragionamento causale in cui citiamo mancanze od omissioni nel fornire una spiegazione delle cause degli eventi. Perciò l’affermazione, diffusissima tra i giudici, secondo cui il nesso di causa si accerta mediante il giudizio controfattuale, è del tutto generica, posto che tale ragionamento è forma logica riferibile a qualsiasi teoria di spiegazione causale (*condicio sine qua non*, causalità adeguata) nella quale si citano mancanze per fornire una spiegazione causale di un evento.

Ciò che accomuna i contesti normativi del diritto alle spiegazioni tipiche delle scienze sociali ed al ragionamento ordinario, nell’uso del controfattuale, è l’idea intuitiva secondo cui le cause possono consistere anche in eventi negativi. Vedremo in seguito le complicazioni di questa idea.

Serve preliminarmente un altro chiarimento: i controfattuali funzionano in base all’idea che le cause possono consistere in eventi negativi, ad esempio, le omissioni. Poiché, come abbiamo accennato, la forma controfattuale è tipica anche dei giudizi “condizionalistici” (se elimino mentalmente A non si verifica B), serve, di conseguenza, ammettere che anche una omissione è un evento, poiché dal nulla, secondo antico brocardo, non si ricava alcunché.

Secondo una risalente tradizione, che può riferirsi più o meno a Davidson⁹, gli eventi formano una categoria ontologica a tutti gli effetti. E questa asserzione induce a chiedersi se un buon inventario del mondo debba includere anche eventi negativi- cose che non accadono o che non sono accadute- oltre a quelli positivi. Secondo Davidson, «spesso fra le cose che un agente fa contiamo anche quelle che non fa»¹⁰. Secondo altri, no¹¹.

Per questi ultimi, è normale pensare che non vi sono eventi negativi ma solo eventi positivi, e che quelli negativi altro non sono che eventi positivi descritti negativamente: ad esempio, se dico “se il medico avesse inoculato il vaccino l’infezione sarebbe guarita”, sto implicitamente dicendo che l’evento negativo (“il medico non ha inoculato il vaccino”) consiste nella condotta che il medico ha tenuto in alternativa al vaccinare: avrà visitato altri pazienti, avrà fatto una passeggiata, avrà bevuto un caffè, ecc. Ne deriva che le spiegazioni che fanno appello ad omissioni o a

⁹ DAVIDSON 1980, in particolare, 127 ss.

¹⁰ DAVIDSON 1980, 127.

¹¹ Già RUSSELL 1904, 479-493.

fatti negativi non sono spiegazioni causali in senso stretto. Si osserva, infatti, che l'impiego delle forme esplicative che fanno appello ad eventi negativi può servire a scopi pratici, in alcuni contesti, come ad esempio imputare a taluno delle responsabilità, ma non dice alcunché su ciò che è vero nel mondo. Inoltre, una ulteriore difficoltà della idea di implicare eventi negativi nella spiegazione causale sta nella impossibilità della quantificazione: quando si tratta di dare una misura alla causa (quanta parte dell'evento ha influito) è impossibile farlo rispetto ad eventi negativi¹². Come dire che la causalità omissiva nel diritto è solo una struttura retorica, che serve al contesto comunicativo della imputazione di un evento, ma nulla dice circa la verità dei fatti.

In altri termini, questa tesi distingue tra resoconti causali, che sono narrazioni che menzionano le cause vere e dunque presuppongono antecedenti costituiti da condotte attive e non omissive, e spiegazioni causali che non sono tenute a menzionare le vere cause di un evento, e ciò per motivi pratici¹³, come nel diritto: una spiegazione causale può ben fare riferimento ad una omissione poiché il suo scopo non è di rendere conto di una sequenza causale effettiva, bensì di costruirne una a fini pratici, di imputazione dell'evento.

Per esempio, nella costruzione che ne fa Achille Varzi, davanti al fatto che Tizio è annegato e Caio non lo ha salvato, la condotta di Caio può essere descritta in due modi: (1) Caio ha omesso di intervenire; (2) Caio stava leggendo il giornale. Se utilizziamo la prima espressione è per riferirci al dovere di Caio di intervenire. La scelta tra le due espressioni – che si riferiscono al medesimo fatto – è orientata dalle esigenze pratiche: se devo valutare da un punto di vista giuridico e morale la condotta di Tizio, la descrivo nei termini di (1)¹⁴. Ma per rendere conto dell'aspetto causale devo fare riferimento a (2).

La conclusione è che nelle omissioni la rilevanza causale è attribuita non già alla mancanza, ma alla condotta che si è tenuta in alternativa a quella che doveva tenersi, così che la causa dell'annegamento di Tizio non è nella omissione di Caio, bensì nel fatto (condotta attiva) che Caio leggeva in quel momento il giornale.

Questo scetticismo sulle spiegazioni causali che menzionano eventi negativi o omissioni, è esteso ai controfattuali, in quanto gli eventi ipotetici (“se il medico avesse inoculato il vaccino”), sono, al pari di quelli negativi, anche essi inesistenti.

Alcuni contestano questa tesi, proprio in relazione ai controfattuali, i quali, anzi, costituirebbero un modello di ragionamento che dimostra come eventi negativi (e quindi anche omissioni) possono entrare legittimamente in una spiegazione causale, in quanto «il ragionamento controfattuale (ha anche lo scopo) di guidare il ragionamento nella ricerca delle cause sulla scorta di storie causali già osservate e sulla cui base possiamo fare affidamento nel formulare ipotesi»¹⁵.

Per cui se c'è stata una esplosione, e Gianni non ha spento il gas, e poi Maria ha acceso la luce, è attraverso il controfattuale che possiamo dire che mentre l'antecedente “se Gianni avesse spento il gas” è causa necessaria della esplosione, l'antecedente “se Maria non avesse acceso la luce” è invece una causa sufficiente e quella più prossima.

Il che significa che quando elaboriamo un controfattuale non ricostruiamo solo la storia di un evento (Gianni non ha spento il gas, Maria ha acceso la luce e c'è stata una esplosione), ma forniamo una descrizione dei ruoli diversi che gli antecedenti svolgono nella storia, posto che il ruolo di Maria è diverso da quello di Gianni, e possiamo dirlo grazie al controfattuale¹⁶.

Questo ragionamento, per ciò che interessa il diritto, implica la seguente conclusione: «possiamo definire l'omissione legale non come la descrizione negativa di un evento positivo, ma

¹² Cfr. BEEBEE 2003, 291 ss.

¹³ VARZI 2006, 109-127.

¹⁴ VARZI 2006, 109-127

¹⁵ SANTORO 2014, 78.

¹⁶ SANTORO 2014, 78

come un non evento che non avrebbe dovuto avere luogo»¹⁷, con la conseguenza che, supponendo un caso di omissione di soccorso, il giudice non può condannare l'imputato dicendo soltanto che stava facendo altro, ossia che guidava l'auto, ma deve spiegare che, nel fare ciò, ha omesso di prestare soccorso¹⁸.

Questa tesi non convince, e resto dell'idea di Varzi sul ruolo delle omissioni: l'omissione nel diritto è solo la mancanza di una condotta, imposta dalla legge, e dunque individuabile tra le tante che, in alternativa, si potevano tenere (ad esempio fermarsi allo stop): condotta che, secondo la fattispecie di riferimento, è idonea ad evitare l'evento. Dunque, il giudice, per replicare all'esempio precedente, dirà che l'imputato non ha fatto ciò che doveva fare, ossia soccorrere chi stava annegando, e non già che ha omesso.

Né mi pare condivisibile l'obiezione che, in tale modo, la spiegazione del nesso causale diventa arbitraria e si presta a qualsiasi scopo, anche quello di giustificare un capro espiatorio¹⁹. Cioè se, a differenza del resoconto causale che fa la storia dell'evento e deve indicarne le cause vere, la spiegazione causale invece può anche non indicare le cause vere, ma quelle che servono a scopi pratici, ad esempio, allo scopo di imputare responsabilità, ecco che allora la spiegazione causale diventa arbitraria e può servire a capri espiatori. Questa obiezione non tiene conto del fatto che la spiegazione causale, nel diritto, non può prescindere dalla condotta alternativa lecita, non è rimessa all'arbitrio dell'interprete. La spiegazione causale fa pur sempre affidamento su condotte attive, anche se è formulata in termini omissivi: possiamo dire che l'omissione è rilevante solo se sappiamo che la condotta alternativa lecita aveva l'efficacia causale di evitare l'evento. L'omessa somministrazione del farmaco avrà rilevanza nella misura in cui (e solo se) sappiamo che la somministrazione ha l'efficacia causale di evitare una infezione. Diciamo che l'omissione è causa della infezione solo in quanto sappiamo che la condotta alternativa (attiva), ossia la somministrazione del farmaco, l'avrebbe evitata. L'omissione è una modalità di imputazione di una condotta attiva: non ci dice alcunché sulla causa di un evento, che invece conosciamo attraverso l'esame della condotta attiva: sappiamo che lanciare un salvagente a chi sta annegando può evitare l'evento, ed è per ciò che l'omissione di quella condotta è imputata.

In sostanza, l'efficacia causale della omissione è l'efficacia causale dell'azione che doveva essere compiuta: se una legge impone determinate cautele sul lavoro, la loro omissione è rilevante proprio perché la loro adozione avrebbe evitato l'evento. Perché queste e non quelle di cautele? Perché le une evitano e le altre no. Questo significa chiaramente che l'omissione, di suo, non ha alcuna efficacia causale, ma è l'azione mancata ad avercela. Di conseguenza se la legge impone la cautela X è perché ritiene che quella cautela sia efficiente.

La prova di questo ragionamento è che se io non adotto invece la cautela Y, naturalisticamente ometto, sì, qualcosa, ma per il diritto non è una omissione rilevante, perché solo l'omissione della cautela imposta e, perciò, ritenuta capace di scongiurare l'evento (la cautela X), lo è. Essendo l'omissione il mancato compimento di una azione imposta, essa ha l'efficacia causale (per converso) che avrebbe avuto quest'ultima.

V'è di più: se è vero che il controfattuale non è semplice descrizione di una storia, ma mette in luce il diverso ruolo degli antecedenti (Gianni non ha spento il gas, ed è condotta diversa da quella di Maria che ha acceso la luce), è altresì vero, come vedremo in seguito, che, per stabilire tale ruolo, (quale è la causa della esplosione tra le due condotte) il controfattuale ha bisogno di leggi di spiegazione dell'evento, che si trovano altrove (per esempio leggi della fisica sull'efficacia dell'accensione della luce), ed ha bisogno altresì di un criterio che all'interno degli antecedenti consenta di distinguere le cause dalle mere occasioni o dagli antecedenti ininfluenti.

¹⁷ SANTORO 2014, 80 s.

¹⁸ SANTORO 2014, 80 s.

¹⁹ TUZET 2011, 234 s.

Resta una obiezione forte, dunque: quella per cui le asserzioni causali hanno a che fare con le caratteristiche della storia di questo mondo, mentre i controfattuali hanno a che fare con ciò che accade in altri mondi e dunque non possiamo inferire che il mondo attuale contiene un evento non accaduto dal fatto che quell'evento accade in un mondo ipotetico²⁰.

Tuttavia, ciò non significa che il controfattuale sia inutile. Il modello di Lewis lo dimostra, come vedremo in seguito.

4. I giudizi controfattuali dei giudici

Nel ragionamento dei giudici il modello controfattuale è comunque frequente. Questa situazione si può spiegare facilmente: nel diritto, e segnatamente nella spiegazione causale, il controfattuale è il modello logico della teoria "condizionalistica". È la forma logica in cui si esprime il test "condizionalistico": per sapere se A è causa di B basta eliminare mentalmente A – ossia ipotizzare che non si sia verificato – ed accertare se si sarebbe comunque verificato B. Dove è evidente la forma controfattuale del giudizio causale: se non ci fosse stato A ci sarebbe stato B?

Nella maggior parte dei casi, se non nella totalità, quando i giudici usano il termine "controfattuale" in realtà si riferiscono proprio al criterio della *condicio sine qua non*²¹. Più precisamente, se si guarda alle *rationes decidendi* in maniera più attenta, si può ricavare che quando la giurisprudenza italiana, e segnatamente quella di legittimità, si riferisce al ragionamento controfattuale non ha in mente nulla che abbia a che fare con la teoria dei giudizi controfattuali²², così come la logica e la filosofia della scienza l'hanno concepita, perlomeno a partire dagli studi di Nelson Goodman, ossia non si riferisce ad un criterio di accertamento del nesso causale ulteriore rispetto ad altri già noti: piuttosto i giudici quando parlano di controfattuale si riferiscono al modello della *condicio sine qua non*, ed allo schema logico e linguistico che ne è implicato: eliminare mentalmente l'antecedente per verificare se si sarebbe comunque realizzato l'evento. Dunque ipotizzare, contro la realtà dei fatti, che A non si è verificato per stabilire se comunque ne sarebbe seguito B, specialmente se la condotta è omissiva²³.

In sostanza, ciò accade anche perché l'accertamento condizionalistico (A è causa di B, se eliminando mentalmente A, B non si verifica) è linguisticamente formulato in termini controfattuali (se non ci fosse stato A, si sarebbe prodotto B?): «la nozione di giudizio controfattuale [...]

²⁰ VARZI 2006, 122.

²¹ Cass. 29.4.2020, n. 8377, nei motivi: «principio generale in tema di risarcimento del danno è ovviamente quello di causalità, in virtù del quale in tanto si può predicare l'esistenza di un "danno" in senso giuridico, in quanto sia possibile affermare che, se il responsabile avesse tenuto una condotta diversa da quella effettivamente tenuta, il danneggiato si sarebbe trovato in una diversa e più favorevole condizione patrimoniale».

²² Cass. 11.11.2019, n. 28986; Cass. 11.11.2019, n. 28985; Cass. 8.4.2020, n. 7760; Cass. 27.9.2018, n. 23197; Cass. 14.2.2012, n. 2085. Nella giurisprudenza penale il modello controfattuale è quello usato per spiegare la causalità nella omissione: in Cass. pen. 12.11.2021, n. 416, se ne dà la seguente spiegazione: «in tema di nesso di causalità, il giudizio controfattuale, imponendo di accertare se la condotta doverosa omissa, ove eseguita, avrebbe potuto evitare l'evento, richiede il preliminare accertamento di ciò che è naturalisticamente accaduto (cd. giudizio esplicativo), al fine di verificare, sulla base di tale ricostruzione, se la condotta omissa può valutarsi come adeguatamente e causalmente decisiva in relazione all'evitabilità dell'evento, ovvero alla sua verifica in epoca significativamente posteriore». Cass. pen., 6.7.2021, n. 28182; Cass. pen. 21.9.2020, n. 28848.

²³ In tale senso Cass. pen. 16.2.2015, n. 6718, espressamente sostiene che «è ben noto che, in tema di reati commissivi mediante omissione, deve verificarsi, mediante il c.d. giudizio controfattuale, se l'evento non si sarebbe verificato una volta ipotizzato l'intervento dell'azione doverosa omissa. Tale operazione logico-argomentativa non può tuttavia che far perno sul c.d. principio dell'equivalenza delle cause, posto alla base della disciplina del nesso di causalità recepita dall'ordinamento positivo, secondo il quale l'evento è la risultante di tutti gli antecedenti positivi e negativi dello stesso». Analogamente, nei motivi, Cass. Pen. 27427/2021: «il nesso di causalità va ravvisato quando, alla stregua del giudizio controfattuale [...] si accerti che, ipotizzandosi come realizzata la condotta doverosa, l'evento non si sarebbe verificato».

è l'operazione intellettuale mediante la quale, pensando assente, una determinata condizione [...] ci si chiede se, nella situazione così mutata, si sarebbe verificata, oppure no, la medesima conseguenza»²⁴.

Il giudizio controfattuale, secondo i giudici, è pertanto la forma linguistica del giudizio condizionalistico, né più né meno, ossia il modo in cui si formula un accertamento della *condicio sine qua non*: «l'accertamento del nesso di causalità si fonda sulla teoria della *condicio sine qua non* [...] per cui occorre individuare quell'antecedente la cui eliminazione mentale, mediante un ragionamento controfattuale, determinerebbe il venire meno dell'evento lesivo»²⁵.

Le divergenze che si riscontrano, di conseguenza, attengono all'ambito del giudizio "condizionalistico", anche se terminologicamente dichiarato come giudizio "controfattuale". Ad esempio, secondo alcune pronunce, il giudizio controfattuale è esperibile utilmente solo per le condotte omissive, o meglio per accertare l'efficacia causale di queste, e non per quelle attive²⁶. Inoltre, mentre i giudici penali pretendono che l'accertamento controfattuale conduca con certezza al nesso di causalità, quelli civili ammettono come valide anche le inferenze probabili, purché più probabili che no²⁷.

Così che si può dunque dire che per i giudici: a) il nesso di causalità si accerta individuando tra i tanti antecedenti dell'evento quello che può considerarsi condizione indefettibile di esso, b) questo accertamento va compiuto mediante un ragionamento controfattuale, ossia ipotizzando cosa sarebbe successo se una data azione od omissione non si fossero verificate.

È per ora una schematizzazione, che ci serve da punto di partenza delle riflessioni successive. Va dunque ribadito che la logica controfattuale, nelle esigenze della giurisprudenza, si presta a spiegare, sul piano analitico, il criterio condizionalistico.

In sostanza, dall'analisi logica del nesso causale (se non A allora B) si ricava un criterio di imputazione. Non è senza ragione se David Lewis ha fatto riferimento alla seconda definizione di Hume della causalità, per elaborare una teoria controfattuale della causalità. In questa teoria, «l'avvenimento *e* dipende causalmente dall'avvenimento *c* se i due controfattuali seguenti sono veri: se *c* avesse avuto luogo, *e* avrebbe avuto luogo; se *c* non avesse avuto luogo, *e* non avrebbe avuto luogo»²⁸. In altri termini, stabilire una *condicio sine qua non*, ossia stabilire se un antecedente è condizione necessaria dell'evento implica compiere un ragionamento controfattuale, domandandosi se eliminando mentalmente la condizione considerata, l'effetto si sarebbe prodotto oppure no.

Ma non basta: la logica controfattuale, per la sua struttura tipica, è in realtà il modello di ragionamento anche della teoria della causalità adeguata quando questa porta ad interrogarsi sull'aumento di probabilità del danno generato da un antecedente.

Nell'ambito della teoria della causalità adeguata, teoricamente, la logica controfattuale potrebbe servire a risolvere il più insidioso dei problemi della teoria condizionalistica – a cui spesso è chiamata a porre rimedio la logica della causalità adeguata: quello della individuazione, tra le tante condizioni dell'evento, di quello rilevante causalmente.

Due casi riportati da Hart e Honoré ne danno conto. Nel primo, i proprietari di un cargo fanno prendere il largo alla nave, anche se non ci sono a bordo ufficiali in possesso della certificazione richiesta dal diritto di Hong Kong; l'ufficiale comandante è bravo, ma ne è privo, e tuttavia commette una negligenza che fa affondare la nave. Il giudice investito del caso assume che, se anche l'ufficiale avesse avuto la certificazione, ciò non avrebbe evitato l'incidente: si obietta che se però

²⁴ Cass. pen. 11.5.2021 n. 30229.

²⁵ Cass. 20.4.2021, n. 10345. Analogamente Cass. 7.7.2021 n. 19372.

²⁶ Cass. 25.6.2021, n. 18283: «con l'ulteriore avvertenza che, trattandosi di condotta attiva, e non già passiva, non vi è nella specie luogo a giudizio controfattuale».

²⁷ V. ad esempio Cass. civ. 9.2.2021, n.13158, nei motivi ed inoltre Cass. 2.3.2021, n. 5683 secondo cui il giudizio controfattuale va compiuto secondo la regola causale della preponderanza dell'evidenza o del più probabile che no.

²⁸ LEWIS 1973b.

l'avessero sostituito con uno dotato di certificazione ciò, sì, avrebbe potuto evitare l'evento²⁹. Ed ancora, un tale corre a velocità elevata, ma in prossimità di un passante rallenta fino a rientrare nei limiti imposti, ma investe comunque: anche se al momento dell'impatto non è più in infrazione, tuttavia l'eccesso di velocità può considerarsi una *condicio sine qua non* dell'incidente, in quanto l'automobilista non sarebbe arrivato sul luogo al momento in cui transitava il passante, se in precedenza non avesse accelerato eccessivamente. Ciò nonostante, le giurisdizioni americane hanno escluso che la eccessiva velocità potesse considerarsi una causa dell'incidente³⁰.

Vedremo meglio in seguito come questi casi potrebbero essere affrontati secondo lo schema di Lewis.

Dunque, il carattere controfattuale del ragionamento sembra indispensabile per stabilire una causalità singola, individuale, *quale che sia la teoria scelta*. E la cosa sembrerebbe logica: occorre potersi assicurare del reale potere causale del fattore che sembra aver pesato sul corso degli eventi. Ed è questo che rende interessante l'indagine sul controfattuale nel diritto, poiché lo schema logico che esso fornisce non coincide con un dato criterio di accertamento causale, ma si presta a spiegarne diversi, ed opera altresì su piani ulteriori della stessa causalità: se un paziente non è informato dal medico, può rivendicare un risarcimento purché dimostri che, *se il medico lo avesse informato*, avrebbe agito – ad esempio negando il consenso all'intervento – in un modo che gli avrebbe evitato il danno subito³¹.

Molti autori stigmatizzano questa genericità dello schema logico, ed anzi, proprio perché si tratta di uno schema logico meramente descrittivo – in quanto i criteri di accertamento sono altri (*condicio sine qua non*, condotta alternativa lecita, ecc.) – ritengono che si tratta di uno schema fallace, da evitare, specialmente nell'accertamento giudiziario³².

5. I giudizi controfattuali degli storici

Come abbiamo visto in precedenza, il problema dei controfattuali è stato interamente rimeditato da David Lewis negli anni Settanta, con la teoria dei mondi possibili, a seguito della quale i controfattuali hanno fatto la loro apparizione in quasi tutti i campi del sapere³³.

Ad esempio, anche se i controfattuali non hanno quel carattere di evidenza che consente loro di pesare nel dibattito pubblico, si sottolinea però il guadagno epistemico che apportano nelle previsioni calcolate: si ipotizza cosa sarebbe successo se ci fosse stato un raffreddamento climatico di 6 gradi, per calcolare gli effetti sulla resistenza batterica o su mutazioni genetiche e via dicendo.

Qui sembra che il ragionamento controfattuale apporti sapere. Ma nelle scienze sociali quel guadagno epistemico è più difficile da stabilire. L'ambito in cui, nelle scienze sociali, si è maggiormente discusso del metodo controfattuale, per scoprire le cause di un evento, è la ricerca storica³⁴, nella quale si assume che, più che in ogni altro campo del sapere, i controfattuali sfuggirebbero ad una nota obiezione: che essi, come proposti dalla teoria dei mondi possibili, minano la differenza tra fatto e finzione³⁵. Infatti, nella storia, si potrebbe dire che il mondo possibile (cosa sarebbe successo se Napoleone anziché perdere avesse vinto) ipotizzato per conoscere la

²⁹ HART, HONORÉ 1985, 119.

³⁰ HART, HONORÉ 1985, 121 s.

³¹ Cass. 11.11.2019, n. 28985.

³² Ad esempio, GREEN 1962, 543-559; LEUBSFORD 1981, 132; THODE 1968, 423.

³³ BIRKE, BUTTER, KÖPPE 2011, che contiene contributi sull'uso del controfattuale in storia, in economia, in politica, in letteratura ed anche in fisica.

³⁴ Per una ricognizione FERGUSON 1997, in particolare 88 ss.

³⁵ LEBOW 2010.

causa di quello reale (la sconfitta di Napoleone è stata causa di cosa?) è stabilito a partire proprio dal mondo reale, e dunque ha un valore epistemico a sé stante³⁶.

In questa ricerca, nell'uso del controfattuale per spiegare eventi attuali, o per conoscere quale sarebbe stato il corso alternativo di tali eventi, si presuppone che il giudizio controfattuale abbia un certo valore epistemologico, ossia serva ad apportare conoscenza degli eventi: costituisca, in altri termini, un modello scientifico di spiegazione dei fatti.

Anche lo storico si fa domande sulle cause: quale sia il collegamento tra l'assassinio dell'Arciduca Francesco-Ferdinando e la Prima Guerra mondiale, quale il nesso tra quest'ultima e l'affermarsi dei sistemi comunisti. O, più in generale, se vi sia una relazione causale tra la nascita del protestantesimo e lo sviluppo del capitalismo, o anche tra gli scritti di Rousseau e il governo di Robespierre³⁷: la storia, come disciplina, si è rapidamente definita come lo studio delle cause degli avvenimenti passati. Sul modello enunciato da Polibio³⁸ ed Aristotele³⁹, gli storici hanno la tendenza a distinguere differenti tipi di causalità, congiunturale e strutturale, particolare e generale, con una continua tensione tra determinismo e contingenza, ossia tra l'idea che anche gli avvenimenti storici derivano necessariamente e regolarmente gli uni dagli altri, in virtù di leggi costanti⁴⁰, e chi obietta che in tal modo il futuro sarebbe prevedibile, ed assume che, invece, la storia è l'insieme di avvenimenti che hanno cause contingenti, non sussumibili sotto leggi scientifiche⁴¹.

In questa ricerca delle cause degli avvenimenti, il suggerimento di Max Weber è di far ricorso al controfattuale, quale criterio migliore per gerarchizzare le cause, che è una delle esigenze della ricerca storica, e questo suggerimento è stato fatto proprio in seguito da Raymond Aron, Paul Ricoeur, ed altri. Eduard Meyer, cui in parte Weber rivolge analisi critiche, non fa mistero della natura controfattuale del metodo di accertamento causale degli storici: «lo scoppio della seconda guerra punica è la conseguenza di una decisione volontaria di Annibale, come lo scoppio della guerra dei Sette Anni, o della guerra del 1866 è una decisione di Federico il Grande oppure di Bismarck. *Essi avrebbero potuto anche decidere altrimenti [...] di conseguenza il corso della storia sarebbe stato diverso*»⁴². Ma mentre Meyer considera questa questione oziosa, Weber la prende sul serio: «infatti essa riguarda ciò che è decisivo per l'elaborazione storica della realtà. Quale importanza causale debba essere propriamente attribuita a questa decisione individuale [...] Se la storia vuole sollevarsi al di sopra di una mera cronaca di avvenimenti e di personalità fuori dal comune, non le resta nessun'altra via che quella di porsi questioni del genere»⁴³.

E questa osservazione segna l'idea che l'analisi controfattuale è ciò che conferisce alla storia il suo statuto di scienza. Weber osserva come lo storico abbia la stessa esigenza del giurista: escludere gli antecedenti dell'evento che sono causalmente irrilevanti⁴⁴. A questo scopo, secondo Weber, è utile l'analisi controfattuale, che egli chiama *Gedankenprozess*: ossia un processo che consente di concepire l'imputazione causale, selezionando tra i tanti fatti del passato quelli che possono aver avuto incidenza causale sugli avvenimenti considerati.

³⁶ DOLEZEL 1999, 247 ss. e poi DOLEZEL 2010.

³⁷ GARDINER 1952.

³⁸ POLIBIO 2001, III, 6, su cui PÉDECH 1964.

³⁹ ARISTOTELE 2011, II, 3, come è noto, distingue quattro tipi di cause: la causa materiale, la causa formale, quella efficiente e quella finale.

⁴⁰ SIMINAD 1903.

⁴¹ La tesi è di Antoine Cournot su cui MARTIN 2005, 141-162.

⁴² MEYER 1902, 16 (corsivo mio).

⁴³ WEBER, 2003, 153.

⁴⁴ WEBER 2003, 160, dopo aver ricordato gli sviluppi che per la nozione di causa nel diritto hanno avuto le osservazioni rivolte alla teoria della "possibilità oggettiva" di Johannes von Kries da giuristi come Adolf Merkel, Max von Rümelin, e soprattutto Gustav Radbruch (154 ss. e note).

Questo metodo è molto simile alla teoria controfattuale elaborata da Lewis e di cui si dirà in seguito, in quanto Weber suggerisce di ipotizzare una serie di “quadri fantastici”, ossia di mondi possibili alternativi, in ciascuno dei quali si prescinde da uno dei vari elementi della realtà⁴⁵, e di formulare per ciascuno di essi dei “giudizi di possibilità”. Ad esempio, quali mondi possibili (“quadri fantastici”) si possono ipotizzare supponendo che Spartaco avesse avuto la meglio su Roma: sarebbe diventato un Cesare dell’Italia del Sud? Sarebbe stata la fine della schiavitù? Avrebbe la sua vittoria solo provocato per lui il passaggio ad un livello superiore nel sistema produttivo? Tra questi mondi alternativi possibili, occorre scegliere quello che risponde meglio ad un “giudizio di possibilità”, che altro non è se non un giudizio basato su regole di esperienza, ossia su regolarità empiriche che si possono riscontrare nell’esperienza⁴⁶, in base alle informazioni, tuttavia limitate, di cui lo storico dispone: la soluzione potrebbe essere che, data l’esistenza della schiavitù dappertutto in quel periodo, Spartaco avrebbe fondato un regime ellenistico in cui fosse comunque ammessa la schiavitù⁴⁷. In sostanza, serve chiedersi cosa ci sarebbe da aspettarsi se si facesse astrazione da un dato antecedente, come se non ci fosse stato, e dunque in modo controfattuale: si possono ipotizzare diversi “quadri fantastici”, ossia diversi mondi possibili (Cesare avrebbe conquistato anche la Cina, oppure Cesare sarebbe stato comunque destituito da una congiura e via dicendo), e tra questi mondi possibili va scelto quello (o quelli) più coerente con le massime di esperienza, con ciò che si sa.

Questa metodologia controfattuale è stata apprezzata da Raymond Aron, che pur muovendo alla ricostruzione di Weber la critica per cui la selezione degli antecedenti è soggettiva⁴⁸, riconosce l’importanza logica del ragionamento controfattuale nella ricerca delle cause: non si può pensare una relazione causale senza immaginare degli scenari alternativi a quello verificatosi. Ma Aron lo fa in una dimensione, per così dire, “decostruzionista”. L’analisi controfattuale, secondo Aron, ha la funzione di lottare contro il determinismo: l’inchiesta causale dello storico serve a restituire al passato l’incertezza dell’avvenire⁴⁹ nel senso che «le costruzioni irreali [ossia, i mondi alternativi possibili] devono restare parte integrante della scienza anche se non vanno al di là di una verosimiglianza equivoca, poiché offrono il solo mezzo per sfuggire alla illusione retrospettiva della fatalità»⁵⁰.

In buona sostanza il controfattuale mantiene anche in questa prospettiva la sua funzione epistemica, poiché fornisce allo storico un certo sapere: gli toglie la convinzione che ci sia un determinismo degli eventi. Nella medesima prospettiva si muove il filosofo Paul Ricoeur: l’indagine causale sul passato, va, sì, condotta ipotizzando mondi alternativi a quello verificatosi, e dunque facendo astrazione da una o più condizioni tra quelle realizzate e sostituendole con altre (se Cesare non fosse stato pugnalato...), ma ciò non al fine di ricostruire ciò che è accaduto, quanto per uno scopo che oltrepassa quello epistemologico, e risiede proprio nella funzione di assegnare al passato l’imprevedibilità che gli è propria⁵¹.

Questa impostazione ha avuto un certo successo oltre gli studi storici⁵². Ciò che ci interessa è che non è affatto dissimile dalle soluzioni proposte da Lewis, che tornano utili anche per il giuri-

⁴⁵ WEBER 2003, 162 ss.

⁴⁶ WEBER 2003, 163: «Se si considerano però in maniera più precisa questi “giudizi di possibilità” – cioè le asserzioni su ciò che sarebbe avvenuto in caso di esclusione o di modifica di certe condizioni [...] non può esistere alcun dubbio sul fatto che si tratti senza eccezione di procedimenti di isolamento e di generalizzazione [...] scomponiamo il “dato” in una serie di “elementi” finché ognuno di questi può venir ricondotto ad una “regola della esperienza” e si può quindi stabilire quale effetto sarebbe da aspettare da parte di ognuno di essi».

⁴⁷ L’esempio e la soluzione sono di VEYNE 1974, 194.

⁴⁸ ARON 1986, 223 ss.

⁴⁹ ARON 1986, 224.

⁵⁰ ARON 1961, 186 s.

⁵¹ RICOEUR 1983, 331 s.

⁵² Oltre che tra gli storici, il metodo controfattuale è sperimentato in altre scienze. Per esempio, in letteratura

sta, come vedremo dopo aver fatto un cenno alle criticità che vengono attribuite alla logica dei controfattuali.

6. Le critiche al modello controfattuale

Una delle questioni decisive sulla rilevanza del modello controfattuale nella spiegazione dei nessi di causa è quella epistemologica, ossia: se ragiono in modo controfattuale, veramente conosco una causa che diversamente non sarebbe possibile spiegare? Meglio: il giudizio controfattuale produce un sapere che altrimenti non sarebbe possibile? Per scoprire se “A ha causato B”, devo veramente riformulare il problema nei termini linguistici propri del controfattuale “se non ci fosse stato A ci sarebbe stato B?”

Una delle implicazioni di maggiore rilievo di una tale convinzione è che il controfattuale per avere valore epistemologico, ossia per poter fornire un sapere aggiuntivo sul nesso di causalità, deve consistere in qualcosa di diverso dagli altri modelli di spiegazione causale del fatto. In altri termini, se intendo spiegare il nesso di causa tra A e B, chiedendomi in termini controfattuali “se non ci fosse stato A ci sarebbe stato B?” devo pormi il problema di come rispondere a questa domanda, ossia di come si fa il controfattuale.

Pretendere da una corte di merito che faccia un ragionamento controfattuale nell'accertare il nesso di causalità vuol dire supporre che quel ragionamento è diverso da ogni altro possibile in tema di spiegazione causale, ossia che è diverso dal ragionamento condizionalistico (ci si domanda se eliminato mentalmente A, B si verifichi egualmente) oppure diverso dal criterio di regolarità causale (A è causa di B se e solo se è di natura tale da produrre B)⁵³.

Solitamente la Corte di Cassazione nell'indicare ai giudici di merito che essi devono spiegare la causa di un evento attraverso un giudizio controfattuale indicano anche come deve essere fatto quel giudizio, e si scopre che altro non è se non uno dei già noti modelli di spiegazione causale, vale a dire quello della *condicio sine qua non*⁵⁴.

È quanto abbiamo messo in luce in precedenza: per i giudici un controfattuale è nient'altro che un giudizio di tipo “condizionalistico”, dunque dire “controfattuale” è dire una cosa già nota. Con l'aggravante che sul giudizio controfattuale peseranno le difficoltà che normalmente si attribuiscono al giudizio “condizionalistico”. E viceversa, ovviamente. Le difficoltà proprie del giudizio controfattuale sono predicabili per il test condizionalistico. Vediamone alcune.

Intanto, la difficoltà della stessa forma logica del controfattuale, come è dimostrato dal problema dei cosiddetti “controidentici”. Ad esempio

- A) Se Verdi e Bizet fossero stati compatrioti, Bizet sarebbe stato italiano.
- B) Se Verdi e Bizet fossero stati compatrioti, Verdi sarebbe stato francese.

Qui entrambi i condizionali sembrano veri o plausibili. Infatti, se Bizet fosse stato connazionale di Verdi, sarebbe stato italiano, ed allo stesso modo se Verdi fosse stato connazionale di Bizet sarebbe stato francese, ma come è facile notare, la loro congiunzione è contraddittoria, non potendo due connazionali essere nati l'uno in Francia e l'altro in Italia⁵⁵.

comparata da PAVEL 1986, per distinguere tra mondi della finzione e mondi reali; in filosofia e nelle scienze sociali, v. KRIPKE 1980, per una singolare semantica dei mondi possibili.

⁵³ Adotto qui la definizione di regolarità causale originaria, quella che risale a VON KRIES 1888, 180 ss.

⁵⁴ Ad esempio, Cass. 23.4.2020, n. 8051 e Cass. 24.3.2014, n. 6881 ricordano che il ragionamento di tipo controfattuale consiste in ciò che «sostituita mentalmente l'affermazione errata con quella esatta, prova la resistenza della decisione stessa».

⁵⁵ L'esempio è di QUINE 1950, 15.

Altra ragione di perplessità è che nel controfattuale, essendo falso l'antecedente, tutti i conseguenti sarebbero veri, secondo la *Legge dello Pseudo Scoto*, per la quale *ex falso quodlibet*. Ad esempio:

- A) Se Lugano è città italiana, allora è in Toscana.
- B) Se Lugano è città italiana, allora è in Puglia.

E via dicendo.

Dove la falsità della premessa rende vero qualsiasi conseguente, l'uno contrario o incompatibile con l'altro.

Inoltre, generazioni di filosofi empiristi hanno avversato il ragionamento controfattuale sia per la sua oscurità, sia in quanto il suo referente è costituito da una possibilità non attuata ("se ci fosse stato A"). Gli empiristi hanno sempre avuto disagio per i ragionamenti controfattuali, in quanto essi hanno sempre concepito le relazioni causali come relazioni del mondo reale, mentre i controfattuali fanno riferimento a situazioni possibili, o mondi possibili, che non si sono verificati.

Senza tacere, ed è il punto centrale di questa analisi, il problema del rilievo epistemologico del controfattuale, ossia della possibilità che esso fornisca conoscenza del nesso causale, o meglio, una conoscenza che una qualche altra teoria di spiegazione della causalità non può fornire.

Un medico non somministra il chinino, ed il paziente muore di malaria. Se si intendesse spiegare la causa della morte con un controfattuale, si dovrebbe porre la domanda "Se il medico avesse inoculato il chinino, il paziente si sarebbe salvato?". Ognuno intende che si può rispondere a questa domanda solo se si conosce già la legge di spiegazione causale dell'evento, ossia se si conoscono le proprietà curative del chinino. Non è il controfattuale che fornisce la legge di spiegazione causale, piuttosto la presuppone: si può rispondere a quella domanda solo se si ha già un sapere sulla legge di spiegazione dell'evento; se nulla si sa delle proprietà curative del chinino, è inutile domandarsi cosa sarebbe successo se il medico lo avesse inoculato⁵⁶.

Ma il problema era già in N. Goodman, il quale, posta la questione del giudizio controfattuale in termini di metalinguaggio, aveva osservato che un controfattuale della forma "Se ci fosse stato A, ci sarebbe stato B" è vero se e solo se c'è un insieme ausiliario di enunciati veri, che chiamiamo S, coerenti con l'enunciato A, tale che i membri di S, congiunti con A, implicano il conseguente B⁵⁷.

In altri termini, il controfattuale è possibile quando esistono leggi di spiegazione causale (ad esempio la legge statistica o sperimentale secondo cui il chinino cura la malaria), che congiunte con A, implicano B. Per cui il modo controfattuale è il seguente: "Se ci fosse stato A, ossia se il medico avesse somministrato il chinino, dato l'insieme S di leggi causali, secondo cui il chinino cura la malaria, allora si sarebbe verificato B, ossia il paziente sarebbe guarito". Ed è chiaro che non è il controfattuale in sé a fornire la conoscenza del nesso di causa: semmai la presuppone già nota.

Una ulteriore ragione di critica sta nella inutilità del controfattuale quando serve distinguere tra cause ed occasioni dell'evento, o meglio quando occorre discernere, all'interno dell'insieme degli antecedenti di un evento, quelli che possono costituirne causa da quelli che sono mere occasioni. Se investo un pedone per strada, ed alla sua richiesta di risarcimento obietto "se non

⁵⁶ QUINE 1950, 16 ricorre ad un controfattuale simile ("Se Jones ha la malaria, allora ha bisogno del chinino") per dire che vale la pena di affermare solo quei condizionali che derivano da una qualche forma di relazione di rilevanza tra antecedente e conseguente, ossia da una legge che collega le questioni descritte da queste due affermazioni concettuali. L'utile applicazione del condizionale è dunque solo nella legge che lega i due termini (antecedente e conseguente), senza bisogno di porsi problemi di significato («Only those conditionals are worth affirming which follow from some manner of relevance between antecedent and consequent – some law [...] connecting the matters which these two component statements describe. But such connection underlies the useful application of the conditional without needing to participate in its meaning»).

⁵⁷ GOODMAN 1947, 113 ss.

fossi uscito di casa non avresti subito danni”, propongo un controfattuale valido. Ma, l’essere uscito di casa, non è la causa del danno. Ne è semmai una occasione. Il controfattuale funziona allo stesso modo per le cause e per le occasioni, e non fornisce un criterio utile per distinguere le une dalle altre.

7. Chiarimenti. L’utilità del modello di Lewis

Al giudizio controfattuale va chiesto ciò che può fare, non un ruolo epistemico nel senso che abbiamo visto sopra: ma un criterio per testare il nostro sapere nomologico. Vediamo in che senso.

Come è noto, agli inizi del secolo scorso Bertrand Russell ha sostenuto che il concetto di causa è un concetto obsoleto, tanto che era stato già bandito nella fisica teorica, che ormai utilizzava, per spiegare gli eventi, il diverso concetto di “dipendenza funzionale”⁵⁸. Fondamentalmente, ma mi si passi la semplificazione imposta dallo spazio di queste riflessioni, la tesi di Russell è la seguente: il concetto di causa è concepito quale fatto della volontà, e lì può funzionare. Andando oltre la volontà, invece, si cade nell’errore di attribuire fenomeni della volontà umana (“voglio agire in un certo modo e dunque causo un certo effetto”) al mondo naturale, dove invece non accade alcunché di simile al mondo della volontà, e dove invece si verificano eventi singolari asimmetrici. Inoltre egli contesta che vi possa essere, secondo quanto ipotizzato da Hume, una regolarità tra eventi tale da potersi dire che il loro ripetersi significa che alcuni sono causa di altri. Questa tesi è contestata da Russell nel senso che più gli avvenimenti sono complessi più difficile è che essi si ripetano, per cui la regolarità è una mera illusione⁵⁹.

Per cosa ci interessa questa posizione scettica? Perché essa esclude del tutto il ruolo del nostro sapere nomologico, ossia del sapere che noi abbiamo circa le regole, o le leggi, che governano gli eventi, e che è ciò che ci consente di ordinare la realtà e conoscere le cause⁶⁰. Se siamo in grado di intervenire sul mondo è perché ne conosciamo le cause: sappiamo come si accende e spegne il fuoco, e lo sappiamo fare perché ne conosciamo le cause. Questa capacità di intervento che abbiamo sul mondo presuppone che esistono delle leggi causali⁶¹, ed è la nostra conoscenza di queste leggi (il sapere nomologico) che serve ad ordinare il reale.

Sembra, nell’insieme dell’esperienza giuridica e giudiziaria in particolare, una cosa scontata: si ripete frequentemente che la causa si accerta ricorrendo a leggi di spiegazione dell’evento, ove disponibili, o a massime di esperienza, che pure costituiscono il sapere nomologico del giudice o del suo ausiliario. Ma questo non basta ad evitare le critiche rivolte al controfattuale, e segnatamente alla incapacità di discernere tra occasioni e cause, o di fornire l’esatta legge di spiegazione. Ciò in quanto la legge di spiegazione, o la massima di esperienza, va testata proprio in relazione ai mondi possibili. Supponiamo che un treno a grande velocità investa una persona in piena campagna. Un affrettato controfattuale ci porta a dire che se il treno avesse rallentato l’incidente non si sarebbe verificato, ma una massima di esperienza sembra contrastare con questo “mondo alternativo”, vale a dire che di solito i treni in aperta campagna vanno a velocità elevata. Bisognerebbe introdurre allora un altro “mondo alternativo” in cui il conducente, se, accortosi del passante, avesse rallentato, avrebbe evitato l’incidente. Dunque questo diverso mondo alternativo contiene una diversa causa: accorgersi del pedone, che fa degradare la velocità a semplice occasione. È solo ipotizzando un altro e diverso mondo possibile che ci si avvicina alla causa. Ossia:

Mondo reale (1) “Il medico non somministra chinino, il paziente muore di malaria”.

⁵⁸ RUSSELL 1917, 173 ss.

⁵⁹ RUSSELL 1917, 181 ss.

⁶⁰ Questo chiarimento era già in WEBER 2003, 160 ss.

⁶¹ CARTWRIGHT 1983, 21.

Mondo possibile (2) “Il medico somministra chinino, il paziente muore comunque di malaria”.

Mondo possibile (3) “Il medico non somministra chinino, il paziente guarisce comunque”.

Mondo possibile (4) “Il medico somministra chinino, il paziente guarisce”.

Il (4) è il controfattuale portato davanti ai giudici, rispetto al mondo reale (1), ma la sua capacità esplicativa della causa, dipende dal confronto con gli altri mondi possibili e dalla circostanza che il (4) sia quello più simile al mondo reale.

Una relazione causale può essere stabilita sulla base della comparazione con i mondi ritenuti simili nella valutazione dei controfattuali di cui la catena causale si compone. Come effettuare questo confronto tra mondi possibili, e come dunque dire quale tra essi è il più simile al mondo reale? Se, per esempio, il più simile fosse il (2) allora dovremmo dire che (4) non spiega la causa.

Questo giudizio di somiglianza è basato, secondo Lewis, sul criterio di probabilità⁶² e dunque, per quanto ci riguarda più da vicino, su quale proposizione causale dei diversi mondi possibili sia la più probabile in base alle leggi della probabilità del mondo reale: se è più probabile che, pur somministrando il chinino il paziente muoia, allora il mondo possibile più simile a quello reale è il (2) e non il (4).

Questo criterio ha bisogno della semantica dei mondi possibili, ossia del modo in cui il significato degli enunciati è legato ai mondi possibili: il significato di un enunciato si identifica con le sue condizioni di verità. E può essere definito come l'insieme dei mondi possibili in cui l'enunciato è vero. Con la conseguenza che il significato di (4), ossia che il paziente è morto perché non è stato somministrato il chinino, è dato dall'insieme dei mondi possibili in cui ciò è vero. Se vi sono mondi possibili in cui quell'enunciato non è vero (per esempio (2), (3)) allora quel mondo (4) non è simile a quello reale.

In conclusione, il giudizio controfattuale è, nel diritto, un test di conferma delle nostre conoscenze nomologiche (di leggi o massime di esperienza che si voglia): serve a stabilire se A ha causato B verificando se in una serie di mondi alternativi a quello in cui si è verificato A, quella implicazione è vera: se è vera solo nel mondo ipotizzato come controfattuale (se non ci fosse stato A non ci sarebbe stato B) allora quel mondo è il più simile a quello reale, e fornisce la spiegazione causale. Viceversa, se quella proposizione è vera anche in altri mondi possibili (c'è stato A ma non B), il mondo implicato dal controfattuale non è il più simile a quello reale.

⁶² Oltre che nei già citati scritti, Lewis sviluppa la sua teoria della probabilità in LEWIS 1979 e in LEWIS 1986b.

Riferimenti bibliografici

- ARISTOTELE. 2011. *Fisica*, Bompiani.
- ARON R. 1961. *Dimensions de la conscience historique*, Plon.
- ARON R. 1986. *Introduction à la philosophie de l'histoire*, Gallimard.
- BEEBEE H. 2003. *Causing and Nothingness*, in COLLINS J., HALL H., PAUL P.A. (eds.), *Causation and Counterfactuals*, The MIT Press, 291 ss.
- BIRKE D., BUTTER M., KÖPPE T. 2011. *Counterfactual Thinking / Counterfactual Writing*, de Gryuter.
- CARTWRIGHT N. 1983. *How the Laws of Physics Lie*, Clarendon Press.
- CHISHOLM R.M. 1946. *The Contrary-to-Fact Conditional*, in «Mind», 55, 1946, 289 ss.
- DAVIDSON D. 1980. *Essays on Actions and Events*, Oxford University Press.
- DOLEZEL L. 1999. *Fictional and Historical Narrative: Meeting the Postmodernist Challenge*, in HERMAN D. (ed.), *Narratologies. New Perspectives on Narrative Analysis*, Ohio State University Press, 247 ss.
- DOLEZEL L. 2010. *Possible Worlds of Fiction and History. The Postmodern Stage*, John Hopkins University Press.
- FERGUSON N. 1997. *Virtual History: Alternative and Counterfactual*, Papermac.
- GARDINER P. 1952. *The Nature of Historical Explanation*, Oxford University Press.
- GOODMAN N., 1947. *The Problem of Counterfactual Conditionals*, in «Journal of Philosophy», 44, 1947, 113 ss.
- GREEN L. 1962. *The Casual Relation Issue in Negligence Law*, in «Michigan Law Review», 60, 1962, 543 ss.
- HART H.L.A., HONORÉ T. 1985. *Causation in the Law*, Oxford, 2nd ed.
- KRIPKE S. 1980. *Naming and Necessity*, Cambridge, Harvard University Press.
- LEBOW R.N. 2010. *Forbidden Fruit. Counterfactual and International Relations*, Princeton University Press.
- LEUBSFORD J. 1981. *Remedies for Uncertainty*, in «Boston University Law Review», 61, 1981, 132 ss.
- LEWIS D. 1973a. *Causation*, in «Journal of Philosophy», 70, 1973, 556 ss.
- LEWIS D. 1973b. *Counterfactuals*, Cambridge University Press.
- LEWIS D. 1976. *Probabilities of Conditionals and Conditional Probabilities*, in «Philosophical Review», 85, 1976, 297 ss.
- LEWIS D. 1979. *Counterfactual Dependence and Time's Arrow*, in «Nouûs», 13, 1979, 455 ss.
- LEWIS D. 1986a. *Philosophical Papers*, Oxford University Press.
- LEWIS D. 1986b. *Probabilities of Conditionals and Conditional Probabilities II*, in «Philosophical Review», 95, 1986, 581 ss.
- MACKIE J.L. 1973. *Truth, Probability and Paradox: Studies in Philosophical Logic*, Oxford University Press.
- MARTIN T. 2005. *La philosophie de l'histoire de Cournot*, in «Revue d'histoire des sciences humaines», 2005, 141 ss.
- MEYER E. 1902. *Zur Theorie und Methodik der Geschichte*, Niemeyer.
- MIRAGLIA R. 2015. *Introduzione alla teoria controfattuale della causalità*, Cortina.

- MONTAGUE M. 2006. *Counterfactuals*, in Borchert D.M. (ed.), *Encyclopedia of Philosophy*, 2nd ed., Vol. 10, Thomson Gale, 4 ss.
- PAVEL T. 1986. *Fictional Worlds*, Cambridge, Harvard University Press.
- PÉDECH P. 1964. *La méthode historique de Polybe*, Le Belles Lettres.
- POLIBIO. 2001. *Storie*, Rizzoli.
- QUINE W.V.O. 1950. *Methods of Logic*, Harvard University Press.
- RICOEUR P. 1983. *Temps et récit, 1, L'intrigue et le récit historique*, Seuil.
- RUSSELL B. 1904. *On Denoting*, in «Mind», 14, 1904, 479 ss.
- RUSSELL B. 1917. *On the Notion of Cause*, ristampato in *Mysticism and Logic*, New Publisher, 2021.
- SANTORO D. 2014. *Spiegazioni, omissioni e resoconti causali*, in *Mettere a fuoco il mondo. Conversazioni sulla filosofia di Achille c. Varzi*, in «Isonomia», 4, 2014, 71-85
- SESTO EMPIRICO, *Contro i matematici*, Laterza, 197 ss.
- SIMINAD F. 1903. *Méthode historique et sciences sociales*, in «Revue de synthèses historique», 1903, 159 ss.
- STALNAKER R.C. 1968. *A Theory of Conditionals*, in «American Philosophical Quarterly», 2, 1968, 86 ss.
- THODE E.W. 1968. *The Indefensible Use of the Hypothetical Case to Determine Cause in Fact*, in «Texas Law Review», 46, 1968, 42 ss.
- TUZET G. 2011. *Omissioni su omissioni*, in «Diritto e Questioni pubbliche», 2011, 226 ss.
- TUZET G. 2016. “*Se mia nonna avesse le ruote...*”. *Controfattuali e ragionamento giuridico, discutendo due libri di G.B. Ratti*, in «Diritto e Questioni Pubbliche», 2016, 441 ss.
- VARZI A.C. 2006. *Mancanze, omissioni e descrizioni negative*, in «Rivista di estetica», 32, 2006, 109 ss.
- VEYNE P. 1974. *Comment on écrit l'histoire. Essai d'épistémologie*, Seuil.
- VON KRIES J. 1888. *Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben*, in «Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie», 12, 1888, 179 ss.
- WEBER M. 2003. *Studi critici intorno alla logica delle scienze e della cultura*, ora in ID., *Il metodo delle scienze storico-sociali*, trad. it. di Pietro Rossi, Einaudi, 89 ss.

EXCEPCIONES EN LAS NORMAS JURÍDICAS UNA PROPUESTA DE ANÁLISIS CONCEPTUAL

VÍCTOR **GARCÍA YZAGUIRRE**



Excepciones en las normas jurídicas
Una propuesta de análisis conceptual

Exceptions in legal norms
A conceptual analysis proposal

VÍCTOR GARCÍA YZAGUIRRE

Profesor en la Universidad de Los Lagos, Chile.
E-mail: garciayzaguirre@gmail.com

ABSTRACT

El artículo justifica que la noción de excepción no permite entender ni identificar un elemento del antecedente de las normas ni un tipo de norma. Sostendré que la mejor manera de entender cómo los teóricos del derecho usan la noción de excepción es como un concepto que refiere proposiciones que describen el resultado de un conjunto de operaciones de o bien socavar una norma (determinan que es irrelevante), o bien superar una norma (determinan que su incumplimiento está justificado).

The article justifies that the notion of exception does not allow us to understand or identify an element of the antecedent of the norms or a type of norm. I will argue that the best way to understand how legal theorists use the notion of exception is as a concept that refers to propositions that describe the result of a set of operations of either undermining a norm (determining it to be irrelevant), or overruling a norm (they determine that their noncompliance is justified).

KEYWORDS

Excepciones, *defeaters*, normas

Exceptions, *defeaters*, norms

Excepciones en las normas jurídicas

Una propuesta de análisis conceptual

VÍCTOR GARCÍA YZAGUIRRE

1. *Introducción* – 2. *Nociones generales sobre «excepción»* – 2.1. *Discursos sobre qué son las excepciones* – 2.2. *Discursos sobre cómo identificar excepciones* – 3. *Excepciones y defeaters* – 3.1. *Exceptuar como socavar* – 3.2. *Exceptuar como superar* – 3.3. *Identificación de excepciones como identificación de tipos de procesos* – 4. *Conclusiones*.

1. *Introducción*

Los teóricos del derecho, al hablar de normas, suelen señalar que estas tienen excepciones y/o que pueden ser exceptuadas. Precisar qué están diciendo los teóricos del derecho cuando hablan de excepciones no es una tarea sencilla. De las diversas (y complejas) dificultades cabe resaltar dos: i) la dificultad para diferenciar entre un caso que está fuera del alcance de la norma y un caso que está exceptuado; y ii) la dificultad para diferenciar un requisito o condición de aplicación y una excepción. Estos puntos son particularmente relevantes, pues para entender, adecuadamente, qué es una norma es necesario determinar qué es una excepción. En efecto, las diferentes maneras de entender qué es una excepción suponen diferentes maneras de entender, analizar y usar normas que exceptúan a otras y normas que son exceptuadas. A pesar de tal relevancia y de ser una noción de uso frecuente, es notoria la falta de un estudio sistemático de las diferentes maneras en que los teóricos del derecho entienden qué es una excepción¹.

El objetivo del presente artículo es ofrecer los primeros elementos para formular un modelo reconstructivo² de qué es lo que están diciendo los teóricos del derecho en el momento de hablar de «excepciones». Voy a sostener que la mejor manera de responder qué es una excepción es entendiéndola como un concepto que forma parte del lenguaje de las proposiciones normativas. De manera más precisa, justificaré que la noción de excepción no nos permite clarificar un componente estructural de las normas, ni identificar un tipo de norma, sino que es una manera de describir el resultado de un conjunto de operaciones de tipo epistémicas y valorativas.

Para lograr lo anterior, llevaré a cabo un análisis conceptual de un determinado conjunto de discursos formulados por los teóricos del derecho. De esta forma, pretendo ofrecer un aparato terminológico y conceptual que permita³: i) reconstruir, de manera clara y precisa, qué es lo que están diciendo los teóricos del derecho y los juristas cuando hablan de excepciones⁴; y ii) desmitificar ideas preconcebidas e identificar ideologías enmascaradas como necesidades conceptuales⁵.

* Agradezco a Álvaro Núñez Vaquero, Hugo Osorio Morales y a los asistentes del seminario permanente de la Asociación Boliviana de Filosofía del Derecho por sus comentarios, críticas y sugerencias de cambio a una versión previa de este artículo.

¹ Como bien acusó Schauer, las excepciones son un tema invisible en la teoría del derecho SCHAUER 1991, 872.

² REDONDO 2000, 37.

³ Estoy siguiendo a CHIASSONI 2021.

⁴ Debo precisar que este artículo no desarrollará una investigación sobre qué es lo que están diciendo los dogmáticos del derecho procesal al hablar de «excepciones» ni lo que se sostenga por alguna otra dogmática. Sobre ello profundizaré en futuras investigaciones. Al respecto ver BOZZONI 1908.

⁵ Por ejemplo, diversos juristas sostienen que «las excepciones deben ser interpretadas de manera restrictiva». Para una primera aproximación de ello ver GARCÍA YZAGUIRRE, OSORIO 2022.

Para llegar a esta conclusión voy a dividir la argumentación en dos secciones. En primer lugar, en la sección segunda, de carácter reconstructivo, describiré desde una perspectiva metateórica las principales formas de entender qué es una excepción y de qué forma pueden ser identificadas. Luego, en la sección tercera, formularé la propuesta de conceptualización de la noción de excepción como un concepto que presenta un conjunto de proposiciones. En particular, sostendré que se trata de una operación y resultado de, o bien hacer irrelevante una norma (excepción como socavar), o bien justificar su incumplimiento (excepción como superar).

Por último, debo precisar que asumiré como presupuestos teóricos (i) la concepción puente para entender y representar normas, y (ii) me concentraré únicamente en analizar normas prescriptivas. Asimismo, mi objetivo se limita únicamente al estudio de lo que suele entender como excepciones. Los estudios sobre qué son, cómo identificar, y cómo crear excepciones implícitas suelen ser llevados a cabo mediante los análisis conceptuales de la noción de derrotabilidad. De ello no me ocuparé en el presente artículo⁶.

2. Nociones generales sobre «excepción»

2.1. Discursos sobre qué son las excepciones

La noción de excepción es relacional a la norma. Hablar de excepciones presupone que hemos identificado una norma y que ella está siendo o ha sido exceptuada⁷. Esto supone que, para entender de mejor manera qué es una norma y qué hacemos con ellas, es relevante entender qué es una excepción y qué supone exceptuar.

Usualmente cuando leemos o usamos la palabra «excepción»⁸ esta suele ser asociada, por lo menos, con: i) distinguir especies dentro de una determinada categoría y que cada una ellas tenga una regulación diferente⁹; ii) estar liberado o eximido de cargas generales, responsabilidades, y/o deberes¹⁰; y iii) expresar la no aplicabilidad de una categoría o clasificación¹¹. Como vemos, hablar de excepciones suele asociarse a, por lo menos, reducir o eliminar el deber de actuar de manera conforme a una norma.

A efectos de ordenar y conceptualizar estas intuiciones, considero que es posible identificar cuatro maneras de entender la relación entre normas prescriptivas y excepciones: excepción de la norma, excepciones en la norma, excepciones a la norma, y excepciones que no exceptúan. Veamos, brevemente, cada una¹²:

⁶ En relación a qué entienden los juristas por «derrotabilidad» me remito a GARCÍA YZAGUIRRE 2022a y GARCÍA YZAGUIRRE 2022b. Asimismo, cabe señalar que no pocos teóricos del derecho siguen discutiendo sobre cuáles son los mejores criterios para diferenciar entre excepciones explícitas e implícitas (si es que es posible hacerlo). Ver RATTI 2020 y CELANO 2020 (agradezco a uno de los árbitros anónimos por esta indicación). Sobre este punto no profundizaré en este artículo, pues empezaré por formular una noción propia de qué es una excepción para en ulteriores investigaciones sostener, a partir de ella, una propuesta de distinción entre excepciones explícitas e implícitas.

⁷ Por todos, ver SCHAUER 1991.

⁸ Para un estudio lexicográfico ver BOGARIN 2021. Para un estudio de casos paradigmáticos de excepciones ver GREENAWALT 2016.

⁹ Por todos ver BARRY 2001, 44 ss.; SHORTEN 2015 y FERRETTI, STRNADOVÁ 2009.

¹⁰ Por ejemplo, CORRAL 2015. Una manera de entender la noción de excepción procesal que usan los procesalistas es como una condición que libera de toda responsabilidad (o presunta responsabilidad) a un demandado. Para un elenco de sentidos de excepción procesal ver BOGARIN 2021, 59 ss.

¹¹ Esta lista de asociaciones no pretende ser exhaustiva, sino solo delimitativa del alcance de los temas a ser analizados en el artículo.

¹² Este apartado es una revisión sistematizada de ideas esbozadas en artículos previos. Por razones de espacio, haré una breve presentación de cada una, aunque indicando el texto donde se realiza una profundización de ellos.

a) Excepciones de la norma

Agrupo aquí las tesis que sostienen que la noción de excepción nos presenta casos individuales que deben ser resueltos dejando de lado el sistema normativo. Esto es, son casos en los que debemos adoptar soluciones *ad hoc*.

De manera más precisa, estas tesis señalan que frente a casos individuales que poseen particularidades únicas (son extraordinarios, excepcionales, o muy raros) y cuyas soluciones previstas por el sistema normativo de referencia son consideradas extremadamente injustas, el intérprete debe, a efectos de generar una solución que satisfaga sus exigencias axiológicas, renunciar a guiar el comportamiento conforme al sistema jurídico. De esta manera, una excepción es entendida como la resolución de un problema normativo que supone, a efectos de que sea justa, dejar de lado el conjunto de normas que debemos usar para guiar nuestro comportamiento¹³. Hablar de excepciones, de esta manera, alude a los supuestos en los que un intérprete considera que estamos frente a un caso límite del derecho¹⁴.

En síntesis, este tipo de discursos supone que las excepciones son: i) casos individuales; ii) de carácter extraordinario; y iii) cuya solución requiere soluciones *ad hoc* que se apartan del sistema normativo de referencia¹⁵.

Al respecto, cabe hacer los siguientes apuntes críticos. En relación a i), es necesario señalar que todo caso individual es una instancia de un caso general¹⁶. Esto quiere decir que, necesariamente, al hablar de una determinada acción/circunstancia estamos utilizando alguna categoría conceptual o noción (y que lo descrito es una instanciación o ejemplificación de la misma).

Esto lleva a la idea de que cambiar la calificación normativa de un caso particular, por muy extraordinario que sea, supone cambiar la calificación normativa de una clase de cosas. En efecto, decidir cómo regular un caso supone formular una justificación normativa para ello. De esta manera señalar que estamos frente a una excepción supone, necesariamente, presentar una justificación de una prescripción, esto es, formular una norma (distinta, claro está, que la prevista en la norma exceptuada)¹⁷. Dicho de otro modo, no tiene sentido llamar excepción a un acto o estado de cosas que no esté justificado por algún elemento normativo¹⁸. De no serlo, sería solamente una propiedad irrelevante: su presencia o ausencia no cambiaría la calificación normativa de una acción¹⁹.

De lo dicho, en relación a ii), resulta problemático vincular la noción de caso individual extraordinario con la noción de excepción, pues siempre estaremos haciendo referencia a clases de cosas (solo que de manera entimemática o cayendo en una elipsis). El carácter único, extraordinario y/o extraño de una acción o circunstancia es solo una cualidad contingente del número de veces que se manifiesta una clase en el mundo.

¹³ Sobre este punto ver HAREL, SHARON 2018, 113-16.

¹⁴ En otros términos, por excepción se alude a la inaplicación de una norma por presentarse una situación extraordinaria. Esto se puede ilustrar, en sistemas morales, en casos de mandatos divinos que son únicos e irrepetibles. Por ejemplo, por un lado, se adopta como parte de un conjunto de prescripciones morales la prohibición de matar a otros. Por otro lado, la divinidad que generó ese sistema moral ordena matar a todos los integrantes de una determinada comunidad (como se hizo con los cananeos en el Antiguo Testamento). En este caso, una manera de leer la orden de Dios es como un juicio *ad hoc* hacia ese pueblo y que no modifica ni deroga los diez mandamientos.

¹⁵ Este tipo de discursos suele asumir que: i) los sistemas normativos son aptos para resolver situaciones ordinarias; ii) las situaciones extraordinarias requieren adoptar un conjunto de medidas fuera del sistema; iii) hay una conexión conceptual entre excepción y eventos/acciones extraordinarios/as; y iv) las excepciones se dan para casos particulares y solo para estos. Cabe anotar que nuestras percepciones sobre qué es extraordinario o inusual es culturalmente dependiente. Para un estudio de cómo nuestras referencias contextuales inciden en lo que nos parezca jurídica y/o políticamente anormal ver SUNSTEIN 2021.

¹⁶ RODRÍGUEZ 2002, 366; RODRÍGUEZ, SUCAR 2003, 130.

¹⁷ GERT 2005, 221-22; VÄYRYNEN 2009, 96; HOLTON 2010, 374 ss.

¹⁸ En este mismo sentido RAMSEY 1968, 78.

¹⁹ ALCHOURRÓN, BULYGIN 2012, 150-51.

Este punto muestra un elemento clave: la actividad de exceptuar no exige, necesariamente, una renuncia al sistema normativo²⁰. Lo que es exceptuado, en este sentido, está sustentado en, por lo menos, dos aspectos: a) está justificado en una razón; y b) la excepción es un medio para alcanzar una determinada finalidad²¹.

Por último, en cuanto a iii), es un error asumir que hay una conexión conceptual entre excepción y decisiones *ad hoc*. La renuncia a la universalización de nuestras decisiones es equivalente a un acto de renuncia al principio de igualdad, principio de seguridad jurídica, a la eficiencia en la toma de decisiones, y a la eficiencia en la justificación de decisiones²². Estas son decisiones valorativas independientes de si estamos frente a un cambio de calificación normativa o no. Como podrá verse, este tipo de discursos supone negar una pretensión de toma de decisiones racionales y una renuncia al derecho como forma de guiar la conducta. Por estas últimas consideraciones no profundizaré más sobre este tipo de discursos en el presente artículo.

b) Excepciones en la norma

Agrupo aquí a las tesis que sostienen que la noción de excepción nos permite aclarar un tipo de componente estructural de los antecedentes de las normas. Dicho de otro modo, esta noción hace referencia a un subconjunto de propiedades contenidas en el antecedente cuya verificación en un caso individual supone que a este no se aplica el consecuente normativo previsto en la norma. Esto es, delimitan el alcance o aplicabilidad interna de una norma, a efectos de señalar los casos que están regulados de una determinada manera y los separa de lo que no²³.

Esto supone que una excepción es un elemento dentro de las normas y que exceptuar alude a una operación y resultado de enriquecimiento o especificación del antecedente²⁴. Las diferentes versiones de esta conceptualización han ofrecido diferentes maneras de entender qué es una norma y cómo reconstruir los procesos de identificación de normas. Al respecto, veamos un elenco de tres posibilidades:

En primer lugar, para algunos autores la adecuada identificación de una norma supone haber identificado todas sus condiciones de aplicación y todas sus excepciones. En otros términos, debemos aspirar a formular una norma completa. Ello ha sido entendido, por lo menos, de las siguientes maneras: i) identificar un antecedente que incluya todos sus requisitos de aplicación y todas sus excepciones tras revisar todo el ordenamiento jurídico (esto es, tras analizar las normas que podemos obtener de todas las fuentes del derecho)²⁵; o ii) identificar un antecedente que incluya requisitos y excepciones de forma tal que conjuntamente generen, por lo menos, una condición suficiente para el consecuente²⁶. En segundo lugar, para algunos autores la identificación de las excepciones no es una tarea que se pueda acabar. Esto supone que el antecedente de las normas no es determinable, dado que siempre será posible que el aplicador del

²⁰ KIŠ 1992, 18; GARCÍA YZAGUIRRE 2021b.

²¹ Sigo de cerca a RATTI 2017.

²² Sobre este punto ver NÚÑEZ VAQUERO 2022.

²³ Ver, por todos, HOHFELD 2004; HART 1948-1949; SUSSKIND 1987; GARCÍA YZAGUIRRE 2022b, 40-46. Sobre la noción de aplicabilidad que estoy usando ver MORESO, NAVARRO 1996.

²⁴ Sobre este punto ver GARCÍA YZAGUIRRE 2022a, 477.

²⁵ Sobre esta idea y sus problemas: CELANO 2012, 275-76; MILLER 1956, 267; HART 1998, 160; ALCHOURRÓN, 1991 [1988], 268.

²⁶ Este es el camino por el que opta, por ejemplo: i) la propuesta especificacionista de Moreso (MORESO 2015; GARCÍA YZAGUIRRE 2019); ii) la propuesta de identificar un antecedente que incluya todos sus *defeaters* (MORESO 2020, capítulos 16 a 18); iii) la distinción entre limitantes y excepciones basada en la solución de experiencias recalcitrantes supraincluyentes o casos difíciles por antinomia entre principios (FINKELSTEIN 2000 y RÓDENAS 2012, 39, respectivamente); entre otros.

derecho incorpore una nueva excepción²⁷. En tercer lugar, para algunos autores cabe discutir si es conceptualmente posible que la excepción contenida en el antecedente de una norma tenga, a su vez, excepciones²⁸.

Como se podrá ver, la viabilidad de esta conceptualización depende de que sea posible construir criterios que permitan diferenciar requisitos de excepciones. Líneas más abajo (ver 2.2.) desarrollaré las críticas que muestran que tal distinción, desde el lenguaje de la estructura de las normas, no es posible.

c) Excepciones a la norma

Agrupo aquí las tesis que sostienen que la noción de excepción nos permite aclarar un tipo norma cuyo elemento característico es generar la inaplicabilidad de otra norma²⁹. De manera más precisa, esto supone: i) una inconsistencia entre dos normas; y ii) pérdida de aplicabilidad externa, pero no interna, de una de las dos normas.

El punto i) supone que estamos frente a un caso individual que está regulado por dos normas inconsistentes entre sí³⁰. Esto genera un escenario de indeterminación que, para ser resuelto, hará necesario crear una tercera norma que establezca una jerarquía material o axiológica³¹ entre estas dos normas. El resultado de dicha jerarquía será la determinación de qué norma debe ser usada como premisa normativa en el razonamiento contenido en el proceso de aplicación del derecho.

El punto ii) presenta el resultado de la operación anterior. El efecto de la norma que crea la relación jerárquica entre las normas en conflicto es que una de ellas es la norma que debe ser aplicada y la otra es la norma que no debe ser aplicada. Esta última no pierde su composición, es decir, su alcance no varía (al antecedente no se le agrega ninguna otra propiedad), sino que el aplicador del derecho deja de tener el deber de usarla en la justificación de su decisión institucional. En términos más precisos, la norma exceptuada es una norma que pierde su aplicabilidad externa³².

En este sentido, se entiende por excepción aquellas normas que, en caso de conflicto con otras, son preferidas y usadas como premisa normativa en la decisión institucional llevada a cabo por un aplicador del derecho³³. Un ejemplo de este tipo de conceptualizaciones es el discurso de diversos autores principalistas que reconstruyen un conflicto entre principios y su solución: señalan que un principio, tras una ponderación, exceptúa a otro, sin que ello suponga una variación del alcance del contenido del principio exceptuado³⁴.

²⁷ En términos formales, esta forma de entender las normas se representa de la siguiente manera: [(p...)->Oq]. REDONDO 2012. Sobre cómo aplicar estas normas ver GARCÍA YZAGUIRRE 2021a.

²⁸ PRAKKEN 1997, 103.

²⁹ Por ejemplo, en la dogmática tributaria hay quienes sostienen que las exenciones no delimitan los tributos, sino que generan su no aplicabilidad a un contribuyente. Por todos, ver QUERALT ET AL. 2019, 270. En otra sede he caracterizado este punto como normas que generan la pérdida de aplicabilidad externa de una norma. Ver GARCÍA YZAGUIRRE 2022a. Además, DOLCETTI, RATTI 2020.

³⁰ Inconsistencia que puede ser lógica o funcional. Al respecto ver CHIASSONI 2011, capítulo IV. Este punto es visto con mayor detalle en GARCÍA YZAGUIRRE 2020a.

³¹ GUASTINI 2016, 209-212

³² GARCÍA YZAGUIRRE 2021b.

³³ Cabe precisar que los discursos sobre excepciones en las normas y excepciones a las normas no necesariamente son incompatibles entre sí. Un ejemplo de cómo usar ambas nociones es el caso de la literatura que adopta una noción de normas a dos niveles, esto es, un nivel lingüístico (o prescriptivo) y un nivel normativo (o justificativo). El primero está compuesto por la formulación canónica de una norma prescriptiva. El segundo está compuesto por las razones subyacentes o principios que justifican la prescripción. Las excepciones, desde este tipo de aproximaciones, son resultados de un conflicto entre razones subyacentes incompatibles. Al respecto ver FINKELSTEIN 2000; RÓDENAS 2012; BRIGAGLIA, CELANO 2017.

³⁴ Ver KERŠIĆ, GARCÍA YZAGUIRRE 2022.

d) Excepciones que no exceptúan

Agrupo aquí las tesis que sostienen que la noción de excepción carece de contenido conceptual. Dicho en breve, se sostiene que no cabe distinguir entre requisitos y excepciones, pues todas las propiedades contenidas en el antecedente operan como limitantes de la norma (esto es, todas componen y delimitan su aplicabilidad interna). Por ejemplo, Julius Stone señaló que no habría ninguna diferencia entre señalar: «si algo es X y no Y, entonces es Z» de «si algo es X, entonces es Z, a menos que Y». Predicar que una norma está exceptuada, en este escenario, solo daría cuenta de un uso retórico sobre cómo describimos el antecedente de una norma. Lo mismo sucede en los casos que los aplicadores del derecho separan entre normas que incluyen una excepción de normas que exceptúan a otras³⁵.

En síntesis, esta postura sostiene que este tipo de expresiones son producto de caer en una falacia de la falsa oposición, pues no hay objetos diferenciables entre una excepción y un requisito de aplicación si usamos el lenguaje de las normas. En este sentido, Schauer, señala que no hay diferencia entre: i) señalar que la propiedad p contenida en el antecedente de una norma no es aplicable a una acción x; y ii) expresar que el antecedente de una norma está compuesto por la propiedad p y la exclusión de la acción x (representado como $p \cdot \neg x$). En el primer caso tenemos una norma N_1 que no regula un determinado supuesto; en el segundo caso tenemos una norma N_2 cuyo antecedente es distinto, pero tiene el mismo ámbito de aplicación que N_1 . Ambas dicen lo mismo; solamente estamos eligiendo una forma distinta de explicarlo. Así, para Schauer, el concepto de excepción es vacío, pues no resultaría ser un concepto analíticamente diferente de la posibilidad de introducir en el sistema normativo una prescripción nueva por parte de los aplicadores del derecho (reemplazar N_1 por N_2 , por ejemplo)³⁶.

2.2. Discursos sobre cómo identificar excepciones

Vistas estas cuatro maneras de entender la noción de excepción, a continuación reconstruiré, brevemente, los principales criterios formulados por los teóricos del derecho para identificar excepciones³⁷.

Desde una perspectiva metateórica, es posible identificar tres maneras de construir criterios para identificar excepciones: i) criterios semánticos; ii) criterios procedimentales; y iii) criterios sistemáticos³⁸. Los dos primeros son utilizados, principalmente, por quienes adoptan alguna conceptualización de las excepciones como elementos de las normas (excepciones en las normas). Los últimos son utilizados, principalmente, por quienes adoptan alguna conceptualización de las excepciones como tipos de normas (excepciones a las normas). Veamos, brevemente, cada uno de ellos³⁹:

a) Criterios semánticos

Se sostiene que podemos diferenciar entre condiciones de aplicación (o requisitos) y excepciones a través de la verificación de determinados marcadores semánticos. Estos pueden ser de tres tipos:

³⁵ STONE 1985, 68-71. De igual manera BENTHAM 1970, 114; RAZ 1986, 78 ss.; WILLIAMS 1988.

³⁶ SCHAUER 1991.

³⁷ Sobre este punto ver GARCÍA YZAGUIRRE, OSORIO 2022.

³⁸ Cabe resaltar que hay dos preguntas epistémicas relevantes y diferentes a esta: i) ¿cómo podemos determinar qué autoridades son competentes crear excepciones?; y ii) siguiendo a Álvaro Núñez Vaquero, en materia de precedentes cabe preguntarse qué aplicadores del derecho son competentes para hacer un *distinguish* a un precedente (NÚÑEZ VAQUERO 2022). La respuesta a ambas preguntas depende de cada derecho positivo, por lo que le corresponde ser resuelta a la dogmática de cada país.

³⁹ Este punto ha sido desarrollado con mayor extensión en GARCÍA YZAGUIRRE 2020a; GARCÍA YZAGUIRRE 2022a.

En primer lugar, se sostiene que podemos identificar excepciones tras la verificación de una condición negativa en el antecedente. Ello quiere decir que la aplicabilidad interna de una norma exige la verificación del caso complementario de alguna propiedad, esto es, la ausencia de alguna circunstancia o la omisión de alguna acción. En este sentido, si tuviéramos la norma $(p.\sim r \rightarrow Oq)$ diríamos que $\sim r$ es la excepción. Uno de los problemas de este criterio es que el uso de una condición negativa o positiva (en términos más precisos: de un caso o de su caso complementario) es dependiente de cómo un intérprete decida presentar un antecedente (de manera más precisa: depende del grado de especificidad con el que quiera presentar la acción y/o circunstancia a regular). Como bien ha señalado Gordon Baker, el uso de una condición negativa puede ser reemplazada por una positiva, siempre que el intérprete quiera presentar una norma «sin excepciones». Por ejemplo, podemos tener un antecedente con condiciones positivas y negativas como este: señale «si asociación civil, a menos que tenga por objeto fomentar el culto de una religión». Este puede ser reemplazado por un antecedente con condiciones positivas como este: «si asociación civil laica». Esto nos muestra que usar una propiedad negativa o positiva para identificar el alcance de un antecedente son opciones intercambiables entre sí y que las mismas no representan una cualidad lógica de los componentes del antecedente, sino una elección de cómo hemos querido presentar la información⁴⁰.

En segundo lugar, se sostiene que podemos identificar excepciones tras la verificación de palabras usadas para generar una conjunción adversativa entre dos elementos oracionales. Ejemplos de ello: «a menos que», «salvo que», «y no sea el caso que», «excepto que», entre otras. Uno de los problemas de este criterio es que el uso de este tipo de conjunción adversativa no nos permite poner de relieve cualidades lógicas diferentes entre los diversos elementos contenidos en el antecedente. Supongamos que tenemos la norma N_1 que señala «si trabajador a jornada completa y su empleador es un hospital, entonces obligatorio trabajar en días festivos». Esta podría ser formalizada como $(p.z \rightarrow Oq)$. Ahora imaginemos que tenemos una norma N_2 que señala «si trabajador a jornada completa y su empleador es un hospital, a menos que sea miembro de la iglesia adventista, entonces obligatorio trabajar en días festivos». Una posible manera de formalizar esta norma sería $(p.z.\sim r \rightarrow Oq)$. ¿Qué nos permite mostrar esto? Que el uso de conectores para presentar dos requisitos de aplicación y un conector que presente una conjunción adversativa presentan, a nivel formalizado, un mismo conector lógico: una conjunción incluyente. En otros términos, son lenguajes diferentes para presentar lo mismo: dos propiedades contenidas en el antecedente relacionadas entre sí con una conjunción que tienen como efecto delimitar el alcance de una norma⁴¹.

En tercer lugar, se sostiene que podemos identificar excepciones cada vez que el legislador así las haya denominado. Por ejemplo, son excepciones todas las normas que podamos identificar a partir de un conjunto de disposiciones que formen parte de una sección de una ley o código titulada «Excepciones»⁴². Uno de los problemas de este criterio es que vacía por completo de contenido conceptual a la noción de excepción. Esta sería solo una etiqueta empleada por el legislador para ordenar las disposiciones que desea formular. En efecto, nada evita que dentro de la sección

⁴⁰ BAKER 1977, 33. De igual manera SCHAUER 1998, 227-28; WILLIAMS 1988, 278; VERHEIJ 1996, 89; HAGE, WALTERMANN, AROSENA 2020, 15. Sobre este punto ver GARCÍA YZAGUIRRE 2020b. Cabe precisar que lo señalado no supone negar que el uso de condiciones negativas tenga efectos pragmáticos relevantes. Uno de ellos es que puede permitir, en algunos casos, generar una comprensión rápida y adecuada del mensaje lingüístico que no podría ofrecer un antecedente compuesto solo por condiciones positivas. Por ejemplo, supongamos que tenemos una norma de tránsito que señala «Prohibido girar a la izquierda, salvo camiones». Su presentación con solo condiciones positivas exigiría un grado de precisión innecesario para generar una eficiente comunicación. Ahora bien, esta necesidad pragmática no supone, necesariamente, que la propiedad «camiones» tenga características lógicas diferentes a las del resto de propiedades. Sobre este punto ver WINKELS, BOSSCHER, BOER, BREUKER 1999, 185.

⁴¹ Ver, por todos, MACCORMICK 2016, 407.

⁴² Por ejemplo: el párrafo 4° de la Ley de Impuesto a las Ventas y Servicios chilena se titula «de las ventas y servicios exentos del impuesto». Agradezco a Hugo Osorio Morales por este ejemplo.

«Excepciones» se regulen prescripciones nuevas, se introduzcan definiciones, o cualquier otro acto normativo que no suponga limitar o variar la calificación normativa de una acción.

b) Criterios procedimentales

Se sostiene que podemos diferenciar entre condiciones de aplicación (o requisitos) y excepciones a través del análisis de las normas secundarias que regulan su uso. Usualmente se sostiene que operan como excepciones todas aquellas propiedades contenidas en el antecedente de una norma cuya verificación en un caso individual debe ser probada por el demandado⁴³. En otros términos, podemos identificar excepciones a partir de la carga de la prueba que posee el demandado.

Entre las diversas objeciones que estas propuestas poseen, cabe resaltar dos. Por un lado, desde la teoría del derecho procesal se viene discutiendo sobre si tiene sentido o no hablar de carga de la prueba del demandado o no⁴⁴. Con cargo a profundizar líneas más adelante, este tipo de posturas resultan mejor caracterizadas si entendemos una vinculación entre identificación de excepciones y satisfacción de la carga de argumentación de un oponente en una discusión. Por el otro lado, es reduccionista considerar que la identificación de excepciones dependa, solamente, de las normas secundarias que regulan un proceso de toma de decisiones. Ello debido a que supondría que dichas normas secundarias no podrían ser exceptuadas (lo cual resulta ser una petición de principio) y que esta teorización no sea útil para esclarecer qué quieren decir los juristas cuando hablan de excepciones en contextos que no sean de toma de decisiones institucionales.

c) Criterios sistemáticos

Se sostiene que podemos identificar qué normas son excepciones de otras normas a partir de las relaciones jerárquicas que hay entre ellas⁴⁵. Una norma exceptúa a otra si ambas regulan un mismo caso individual, pero una posee una ordenación superior a la otra.

En este sentido, podemos identificar excepciones tras haber resuelto los problemas de inconsistencia de los sistemas normativos. Esto puede ser realizado, por ejemplo, como producto de haber empleado el criterio de *lex specialis* como una forma de crear una preferencia entre dos normas inconsistentes entre sí⁴⁶: la excepción sería la norma más específica. Uno de los problemas de este criterio es que la noción de excepción no sería, exactamente, un tipo de norma. Lo que estaría presentando es un proceso y resultado de una operación de solución de antinomias⁴⁷. Este punto es revelador, pues pone de relieve que el uso del lenguaje de las normas es un problema y no una solución a la pregunta sobre cómo identificar excepciones.

3. Excepciones y defeaters

La propuesta de reconstrucción metateórica ofrecida en la sección 2 me permite mostrar los modelos actuales que ofrecen los teóricos del derecho para entender qué es una excepción y

⁴³ SARTOR 1995; PAUWELYN 2020; DUARTE D'ALMEIDA 2015; HART 1948-1949. Para un análisis de este conjunto de posturas ver GARCÍA YZAGUIRRE 2021a.

⁴⁴ NIEVA, FERRER, GIANNINI 2019.

⁴⁵ Por todos ver MENDONCA 2012 y BULYGIN 2014.

⁴⁶ Al respecto ver ZORZETTO 2011. Para otros criterios de preferencia y cómo funcionan las relaciones de preferencia ver HORTY 2012, 19-23.

⁴⁷ Para ser más preciso, lo que este criterio nos está presentando es un lenguaje que muestra una intermediación: nos sirve para presentar el paso de un sistema inconsciente a uno sistema consistente. En efecto, en un sistema normativo depurado (en el que todas las normas están ordenadas) no hay cabida para las excepciones (salvo aquellos usos de la expresión que tengan un fin retórico o pedagógico). Sobre este punto, ver RAMSEY 1968, 76-77.

cómo identificarla. Las diferentes intuiciones de los juristas y conceptualizaciones sobre qué es una excepción (y cómo identificarlas) nos muestran un punto relevante a aclarar: hablar de excepciones supone mostrar la inaplicabilidad de una determinada calificación normativa. En esta sección me voy a hacer cargo de precisar esta expresión, pero de manera previa haré una presentación general de las ideas a desarrollar.

En primer lugar, dicha inaplicabilidad no es equivalente a negar un hecho o circunstancia, esto es, negar la verificación de una condición de aplicación o requisito. Un caso exceptuado no es un caso inexistente⁴⁸. Un caso inexistente muestra que no hay caso individual a resolver⁴⁹. Un caso exceptuado, en cambio, muestra una característica de la relación entre el caso individual con una norma: tenemos una razón normativa para señalar que una determinada calificación normativa no es aplicable.

En segundo lugar, dicha inaplicabilidad no es equivalente a simplemente señalar que una norma es irrelevante para regular un caso individual. Esta forma de inaplicabilidad es una noción más compleja, pues implica que: a) se ha verificado la aplicabilidad de un elemento normativo en un caso individual (sea un componente del antecedente u otra norma, conforme lo señalado en 2.1.a y 2.1.b); y b) dicha verificación tiene el efecto de que una determinada calificación normativa sea inaplicable a un caso individual. En términos más precisos, lo que se presenta es el paso de una calificación normativa que era aplicable *prima facie*, pero todo considerado no lo es. Ello tanto en un sentido epistémico (i), como en un sentido normativo (ii)⁵⁰.

En cuanto a (i) hago referencia a que, en un primer momento, una calificación normativa tenía la apariencia de ser aplicable, pero bien entendido el caso individual y/o el sistema normativo de referencia concluimos que se ha verificado una propiedad normativamente relevante genera una calificación normativa diferente. En cambio, en cuanto a (ii) hago referencia a que hemos determinado el contenido del caso individual y el contenido del sistema normativo de referencia, y concluimos que este último es inconsistente. Ante ello, el intérprete toma una decisión valorativa de definir cuál de las calificaciones normativas es la mejor y cuál no. La calificación normativa que no es la mejor es determinada como no aplicable.

Señalar que un caso está fuera del alcance de una norma y que está exceptuado es una distinción que presenta el resultado del tipo de operación que hemos realizado. La diferencia radica, considero, en que la calificación de «casos exceptuados» o «excepción» nos sirve para presentar la construcción de una prohibición de usar una determinada calificación normativa.

En tercer lugar, la sección anterior nos mostró que si usamos el lenguaje de la estructura de las normas corremos el riesgo de que, como diría Oakes Finkelstein, la regla se trague las excepciones. Esto es, las invisibilice o reduzca a una mera expresión retórica. Este no es un camino adecuado para explicar el tipo de inaplicabilidad que se pretende clarificar.

Cabe darle la razón, solo en parte, a las tesis de que las excepciones no exceptúan (ver 2.1). Se equivocan en un punto: las distinciones (a) requisitos-excepción; y (b) fuera del alcance-excepción, no son falacias de falsa oposición conceptual. Las intuiciones de los juristas al hablar de excepciones no están clarificando componentes de las normas ni tipos de normas, están presentando operaciones que hacemos con las normas. Se están dando cuenta de las consecuencias de algunas formas de operar con normas.

En las líneas siguientes pasaré a desarrollar con mayor precisión los puntos indicados. Para hacerlo voy a tomar como punto de partida la noción de *defeaters* formulada desde la

⁴⁸ Ver HART 1948-1949, 174. Como bien he señalado en otra sede (GARCÍA YZAGUIRRE 2020, 434), la diferencia entre negar una propiedad y exceptuar una norma es la misma que hay entre «yo no lo hice» con «lo hice, pero...». La primera implica negar un hecho, la segunda, en cambio, refiere a aceptar el hecho, pero que este es concurrente con otros hechos que le exoneran de responsabilidad. Ver AUSTIN 1975, 181.

⁴⁹ Esto podría darse, por ejemplo, con la demostración de que estábamos frente a una descripción de hechos falsa.

⁵⁰ Para un estudio de ambos sentidos de *prima facie* ver GARCÍA YZAGUIRRE 2022c.

epistemología por John L. Pollock⁵¹. Desde dicha perspectiva, un *defeater* es una razón usada para impedir una determinada inferencia o conclusión, esto es, para concluir que no está justificado creer en algo⁵². En las siguientes líneas, veremos cómo este punto de partida permite elaborar aclaraciones de muchas de las intuiciones de los juristas al hablar de excepciones.

Según Pollock, los agentes racionales operan con base en argumentos compuestos de, por lo menos, una razón. Para tener una razón, cada agente opera con base en conjuntos de premisas informativas que, a efectos de presentación, son denominadas Estados M. De esta forma, dado los Estados M₁...M_n, habrá una razón (p) para que un determinado agente A crea en q, si y solo si es lógicamente posible para este agente crea en q sobre la base de los indicados Estados M₁...M_n⁵³. En este escenario diremos que (p→q).

Ahora bien, estas creencias pueden ser derrotadas por un *defeater* (d). Ello en el sentido de que si adicionamos cierto tipo de información a p, el efecto será que deje de estar justificado que se crea en q. En este escenario diremos que de (p.d) no se sigue q⁵⁴.

Nuestras intuiciones sobre qué es y cómo opera una excepción a normas jurídicas puede ser presentada con algunas reformulaciones a esta noción. Supongamos que tenemos la norma (p→Oq) y que, en un primer momento, hemos verificado en un caso individual un conjunto de hechos que son una ejemplificación de p, de manera que concluiremos que está justificado que se siga Oq (diremos que p→Oq forma parte del microsistema de normas aplicables al caso individual). Ahora bien, en un segundo momento sabemos que, dentro del caso individual, también está ejemplificada la propiedad r y sabemos también que si tenemos un caso (p.r) no se sigue Oq. Diremos que r opera como una excepción.

Para aclarar cómo opera (r) hace falta distinguir entre dos tipos operaciones. Por un lado, tenemos operaciones y resultados de socavar. Estas son operaciones que generan la inaplicabilidad de una norma, sin ofrecer una calificación normativa alternativa para el caso individual (esto es, sin ser producto de haber resuelto una inconsistencia). Por el otro lado, tenemos operaciones y resultados que superar. Estas son operaciones que determinan que el incumplimiento de una norma está justificado, tras haber ofrecido una mejor calificación normativa para el caso individual (esto es, son producto de haber resuelto una inconsistencia)⁵⁵. Veamos estas.

3.1. Exceptuar como socavar

Por socavar refiero al proceso y resultado de justificar que de un determinado conjunto de premisas no se sigue una determinada conclusión. Ello ha sido denominado por la literatura

⁵¹ La noción de *defeater* fue formulada por Pollock como una manera de presentar y analizar la posibilidad de que una determinada creencia en algo pueda ser debilitada o incluso descartada. Para un estado del arte de las diferentes discusiones (y críticas) que se han generado sobre esta noción ver MORETTI, PIAZZA 2017. Sobre la relación entre *defeaters* y la formulación de un razonamiento derrotable (que rechace el refuerzo del antecedente y el *modus ponens*) no profundizaré en esta sección, pues requiere una investigación propia. Sobre este punto ver POLLOCK 2008, 451-52; POLLOCK 1987, 481 ss; VAN EEMEREN ET AL. 2014, 620 ss. Ver, además, CHISHOLM 1989, p. 56.

⁵² VERHEIJ 1996, 110.

⁵³ POLLOCK 1987, 483; POLLOCK, CRUZ 1999, 195.

⁵⁴ D es un *defeater* de Y la cual es una razón para que el agente A crea en X, si y solo si: i) Y es una razón para que A crea en Y; y ii) la conjunción de D e Y no es una razón para que A crea en X. POLLOCK 1986, 510. Las creencias son conclusiones justificadas a partir de una base de información. Dicha creencia dejará de estar justificada si agregamos un *defeater*. Los *defeaters* son elementos informativos nuevos que, al ser incorporados en la base de información, tienen el efecto de que, como nuevo conjunto, no es apto para justificar la creencia. Sobre este último punto ver HORTY 2012, 50-51. Para un uso de los *defeaters* de Pollock como formas de debilitar o refutar argumentos en materia de hechos ver FREEMAN 2011, 20-23.

⁵⁵ Una manera alternativa de presentar este punto es que socavar supone dar razones para dudar (o incluso rechazar) que una conclusión esté garantizada por un conjunto de premisas. En cambio, superar supone dar razones para creer en la negación de la conclusión. Para esta formulación ver KOONS 2017.

especializada de diferentes maneras: *undermining defeaters*, excepciones débiles, excepciones que alteran, entre otras⁵⁶.

El efecto de socavar, en epistemología, supone determinar que las premisas no son útiles para justificar una conclusión. Según Pollock, este tipo de *defeater* nos presenta los casos de incorporación de nueva información que tiene el efecto de atacar la inferencia entre un conjunto de premisas y la conclusión. Es decir, son razones que nos llevan a creer que la verdad de las premisas no garantiza la verdad de la conclusión⁵⁷.

Dentro del lenguaje jurídico esta noción puede ser reformulada para presentar casos en los que, frente a una norma N_1 *prima facie* (en sentido epistémico), un intérprete: a) incorpora nueva información cuya valoración le hace concluir que la norma N_1 , bien entendida, es irrelevante para regular el caso; o b) tomamos en cuenta otra norma, la norma N_2 , cuya valoración nos lleva a justificar que N_1 no era relevante para regular el caso.

Las formas de socavar una norma por valoración de nueva información (que conlleva generar la irrelevancia o inaplicabilidad de una norma) pueden ser de diverso tipo⁵⁸. Veamos, a efectos de claridad, dos de los principales procesos y resultados: socavar como efecto de una reinterpretación dianoética y socavar como efecto de comprender el caso individual.

a) Reinterpretación dianoética

Siguiendo a Letizia Gianformaggio, al momento de interpretar (atribuir significado a una disposición normativa) cabe diferenciar entre: i) interpretación actividad noética, esto es, los actos de primera comprensión de una disposición que ofrecerá una interpretación producto noético (significado determinado por lo primero que hemos entendido del texto); y ii) interpretación actividad dianoética, esto es los actos de justificación de la atribución de significado a un enunciado, es decir, a una argumentación sobre cuál debe ser el significado a atribuir a un texto. El resultado de esta última actividad argumentativa es una conclusión del tipo «la disposición D significa N_1 », esto es, la interpretación que acepta el intérprete (la conclusión del proceso argumentativo): esta es la interpretación producto dianoético⁵⁹.

Tomando en cuenta esta distinción, la diferencia entre una interpretación noética y una dianoética (aquella que aceptamos y defendemos como correcta) es comprender, de mejor manera, el universo de propiedades relevantes del microsistema normativo de normas aplicables a un caso individual. Si este punto es correcto, entonces las operaciones de exceptuar como socavar lo que muestran es la identificación de una o más propiedades que no habían sido adecuadamente identificadas en el momento de formular la norma.

Esta nueva pieza de información opera como la identificación de una condición de cancelación⁶⁰, esto es, una condición que remueve la aplicabilidad de la norma prescriptiva, sin ofrecer una prescripción alternativa incompatible. Los teóricos del derecho han formulado

⁵⁶ POLLOCK 1987; BREWKA 2011; BRANNMARK 1999; SARTOR 1991.

⁵⁷ POLLOCK 2008, 453. El ejemplo clásico de Pollock es: imaginemos que estamos frente a un objeto que es de color rojo. Sabemos que, en condiciones habituales, que objeto suele ser de color rojo. Sin perjuicio de ello, nos informan que el objeto está alumbrado por una luz roja. Esta nueva pieza de información no niega la conclusión, lo que produce es que no podamos considerar que lo percibido sea razón suficiente para calificar que el objeto es rojo. POLLOCK 1986, 510.

⁵⁸ Una manera diferente de socavar, por ejemplo, es tomar conocimiento de que una norma ha sido derogada y que, por ello, no debe ser usada como premisa normativa para resolver un caso. O que estamos frente a un precedente que ha sido *overruled*. Otra manera es estar frente a un caso de imposibilidad material para su ejecución. Ver SINNOTT-ARMSTRONG 1998, 41-43, 98 y 113.

⁵⁹ GIANFORMAGGIO 1987, 91; LIFANTE 2018, 22-24.

⁶⁰ SINNOTT-ARMSTRONG 2006, 68, 215; SINNOTT-ARMSTRONG 1998, 41; RAMSEY 1968, 86.

diversas teorizaciones sobre qué son y cómo identificar dichas condiciones de cancelación. Una de las principales formas ha sido mediante la noción de presupuesto implícito.

Uno de los autores que mejor ha presentado este punto es Carlos Alchourrón. Siguiendo a este autor, los intérpretes al momento de identificar la composición del antecedente de las normas, lo suelen hacer de manera incompleta. Esto quiere decir que identifican condiciones expresas y dejan otro conjunto de condiciones sin expresar (los presupuestos implícitos). En el momento de analizar un caso individual podemos tener una primera calificación normativa de este analizando, solamente, las condiciones expresas. En un segundo momento, tras explicitar las condiciones sin expresar, puede darse el caso que dicha norma era irrelevante para regular la conducta⁶¹. Veamos el ejemplo de Alchourrón para presentar este punto. Supongamos que tenemos dos normas: i) N1: obligatorio sancionar a quienes cometen homicidio; y ii) N2: no se debe sancionar a los menores de edad. Una posible intuición de los juristas es que no se debería sancionar, atendiendo a que N1 es una regla general y N2 es su excepción. Es decir, se puede pensar que el conjunto normativo lo que nos prescribe es «obligatorio sancionar a quienes cometen homicidio, a menos que el homicida sea menor de edad». Lo que nos muestra este ejemplo es que la identificación de excepciones se produce tras haber tomado en cuenta el resto de normas aplicables al caso individual y de haber entendido, de manera adecuada, las relaciones entre ellas⁶².

Para explicar estos presupuestos implícitos (los cuales operan como condiciones de cancelación y tienen el efecto de socavar la norma), podemos utilizar diversas estrategias: intención del legislador, *ratio legis*, uso de la interpretación sistemática, entre otras⁶³. La operación supone variar el alcance del antecedente de la norma a efectos de incorporar una nueva propiedad (en relación conjuntiva con las ya identificadas). Esto generará que el alcance se reduzca y, de esta manera, deje de regular el caso individual.

El punto relevante es que el efecto de socavar por interpretación dianoética supone realizar los actos interpretativos necesarios para dejar fuera una norma del microsistema normas aplicables a un caso individual. En otros términos, refiere al proceso y resultado de hacer una norma inaplicable para un caso individual.

b) Comprender el caso individual

Los aplicadores del derecho, al momento de resolver un caso, no necesariamente conocen ni se les ofrece medios de prueba suficientes para identificar proposiciones de hecho verdaderas sobre qué es lo que ocurrió en el pasado. Solemos trabajar en contextos de información incompleta y con el deber de atribuir calificación normativa a lo que esté considerado justificado tratar como hechos probados.

Si nuestra información valorada sobre la composición del caso individual varía, entonces también es posible que varíe su calificación normativa dado que se puede justificar que este no es una instanciación o ejemplificación del antecedente de una determinada norma. En este sentido, socavar también puede suponer un proceso y resultado de entender, de mejor manera, los elementos que configuran el caso individual. Dicha mejor comprensión puede suponer la variación de la norma relevante.

Una manera de generar una excepción por este tipo de proceso y resultado de socavar es que el demandado demuestre que el caso individual es subsumible en una condición de eximición de responsabilidad o excusa. Esto quiere decir (en extrema síntesis) que el agente no se le puede

⁶¹ ALCHOURRÓN 2010.

⁶² Para un análisis de este punto ver GARCÍA YZAGUIRRE 2022b, 144 ss. Cabe resaltar que esta no es la única manera de entender la noción de presupuesto implícito. Una forma alternativa (sin que ella implique descartar lo señalado en el texto principal) es la de derecho implícito (ver LAPORTA 2002).

⁶³ Ver GARCÍA YZAGUIRRE 2021b.

atribuir responsabilidad de los actos ocurridos, pues no tenía control de la acción evaluada⁶⁴. En atención a ello la norma que genera responsabilidad no es aplicable al caso individual⁶⁵.

Esta idea permite, considero, clarificar (en parte) algunas de las intuiciones de los juristas al momento de identificar excepciones procesales. En un proceso de toma de decisiones jurídicas institucionalizado el demandante presentará una demanda fundada en ciertos presupuestos procesales y sustantivos. Frente a ello, el demandado tendrá, por lo menos, dos tipos de defensas para contraatacar: una defensa procesal y una defensa sustantiva.

Dentro de las posibles defensas procesales el demandado puede dar razones para justificar que la relación procesal no cumple con lo exigido jurídicamente, por lo que debe ser declarada improcedente. Como, por ejemplo, que la acción ha prescrito (ofrece información probada que justifique la creencia de que un determinado lapso de tiempo ha transcurrido y que ello es calificado por una norma como «acción prescrita»). En este tipo de escenarios, el demandado no está dando argumentos para que el juez asuma la negación de la pretensión del demandante, sino que está sosteniendo que el derecho sustantivo es (por razones procesales) inaplicable⁶⁶.

3.2. *Exceptuar como superar*

Por superar refiero al proceso y resultado de justificar que una determinada conclusión no es correcta. Esto ha sido denominado por la literatura especializada de diferentes maneras: *rebutting defeaters*, excepciones fuertes, excepciones por mayor peso, entre otras⁶⁷.

El efecto de superar, en epistemología, supone determinar que no es correcto tener una determinada creencia, pues esta es falsa o hay otras mejores que ella. Según Pollock, este tipo de *defeater* nos presenta los casos de incorporación de nueva información tiene el efecto de atacar directamente una conclusión y llevarnos a descartarla⁶⁸. De esta manera, si p es una razón para creer q , d será un *defeater* si es una razón para $\sim q$ ⁶⁹.

Dentro del lenguaje jurídico esta noción puede ser reformulada para presentar casos en los que un aplicador del derecho deja de lado la calificación normativa de una norma por disponer de otra que, por razones valorativas, considera que es mejor. A efectos de que esta idea funcione como explicación de las excepciones a normas, el *defeater* debe operar como una justificación para asumir como correcta una conclusión inconsistente con q y que sea, además, una mejor razón para determinar la conclusión a adoptar.

Para ser más preciso el punto a poner de relieve supone presentar la identificación y resolución de una inconsistencia. Exceptuar como superar, en este sentido, supone: a) identificar normas aplicables a un caso individual; b) que las normas aplicables sean inconsistentes entre sí; y c) resolver la inconsistencia creando una jerarquía material o axiológica⁷⁰.

El punto c) permite presentar una distinción entre dos discursos sobre qué es y cómo exceptuar una norma. En función a cómo se entiende la resolución de una inconsistencia podemos o bien superar en sentido fuerte, o bien superar en sentido débil.

a) Superar en sentido fuerte

⁶⁴ Para un análisis de esta noción ver CORRAL 2015; BOTTERELL 2009; WOODRUFF 2015, 163 ss; KIŠ 1992, 18.

⁶⁵ Sobre la relación entre imputación de responsabilidad y socavar profundizaré en investigaciones posteriores.

⁶⁶ Este punto mostraría la conexión entre exceptuar y socavar y el uso de lógicas por *default* para presentar el razonamiento. Ver SARTOR 1991; HORTY 2012. Como vemos el proceso y resultado de socavar la aplicabilidad de una norma es una manera de satisfacer la carga de argumentación del demandado.

⁶⁷ Ver autores de nota 57.

⁶⁸ POLLOCK 1986, 511; POLLOCK 1987, 485.

⁶⁹ POLLOCK 2008, 453; POLLOCK, CRUZ 1999, 198. Un ejemplo clásico de este punto es tener la creencia de que todos los cisnes son negros. Luego me entero de que hay cisnes blancos lo que me lleva a rechazar la conclusión.

⁷⁰ Los actos de superar suponen alguna forma de ponderación entre razones. Ver VERHEIJ 1996, 17-18.

De acuerdo con un grupo de autores, al momento de resolver una inconsistencia el resultado es que la norma no preferida se le debe incorporar una nueva propiedad en el antecedente, a efectos de que deje de regular el caso individual. La intuición de muchos juristas (y conceptualizaciones de teóricos del derecho) esta nueva propiedad es una «excepción» a la norma.

Las excepciones, de esta manera, son todas aquellas especificaciones introducidas en una norma a efectos de que operen como condición de cancelación: su verificación suponga la inaplicabilidad de la norma. Los pasos a seguir serían: i) un caso individual (p,r) estaría regulado por la norma N_1 ($p \rightarrow Oq$) y por la norma N_2 ($r \rightarrow Phq$); ii) se identifica que N_1 genera una antinomia con N_2 ; iii) el intérprete da preferencia a N_2 por sobre N_1 ($N_2 P N_1$), lo cual supone hacer que N_1 deje de regular el caso individual; y iv) especifica el contenido de N_1 a efectos de que deje de regular el caso individual (resultaría en N_1' ($p \sim r \rightarrow Oq$))⁷¹.

En breve, esta noción de exceptuar como superar en sentido fuerte nos dice que una norma exceptuada, como resultado de un conflicto, es convertida en una norma irrelevante para regular un caso individual. Esta tesis padece de, por lo menos, tres problemas como medio para reconstruir nuestras prácticas.

En primer lugar, es reduccionista y deja fuera diversos fenómenos que requieren de reconstrucción teórica. En efecto, bajo esta noción resolver una antinomia supone que ninguna norma es violada, pues el efecto será que la norma exceptuada sea irrelevante para el caso (y, por ende, inviolable en este tipo de supuestos). Ahora bien, señalar que hemos exceptuado una conducta no necesariamente nos lleva a pensar que esta queda fuera del alcance de una norma. Desde el discurso moral, por ejemplo, una mentira piadosa no necesariamente deja de ser una mentira. O un hurto famélico no deja de ser una conducta sancionada por el mandamiento «no robarás». En el discurso jurídico, por ejemplo, al resolver un conflicto entre derechos no estamos diciendo que el derecho vencido en la ponderación deje de regular el caso⁷². Estos discursos nos muestran un escenario inverso al presentado por superar en sentido fuerte: son casos en los que una norma vencida es incumplida y ofrece razones para señalar que es correcto que se haga.

A efectos de precisión, los problemas que estoy tratando de señalar es que esta noción son: i) no diferenciar entre incumplimientos de una prescripción que violan la norma de aquellos que no lo hacen; y ii) no permite presentar los casos de violación que generan residuo moral. Ambos puntos suelen ser discutidos por la literatura especializada que diferencia entre infracción y violación de normas⁷³.

Un incumplimiento de una prescripción supone, en extrema síntesis, que el resultado de las acciones es opuesto al estado de cosas ideal diseñado por una norma prescriptiva⁷⁴. Dicho incumplimiento puede estar respaldado por la satisfacción de otro deber que posee más peso o no. Si no lo es, entonces los actos son violaciones de la norma. Si lo es, entonces son supuestos de infracción o de incumplimiento justificado⁷⁵.

⁷¹ En este sentido HARE 1952, 54; SINNOTT-ARMSTRONG 1998, 92; LYONS 2002, 125. Esta manera de entender cómo se resuelven los conflictos ha incidido en cómo entendemos la estructura de los antecedentes de las normas. Nos puede llevar a entender los antecedentes, por lo menos, de las siguientes maneras: (i) los antecedentes pueden ser entendidos como abiertos, en el sentido de que están compuestos por condiciones contribuyentes para el consecuente y que será necesario (frente a situaciones de antinomia) que el intérprete realice operaciones interpretativas para determinar qué propiedades se deben incorporar en el antecedente para identificar la condición suficiente para el consecuente; y (ii) los antecedentes operan con una cláusula «a menos que vulnere otra norma que posea más peso».

⁷² RAMSEY 1968, 82; KERŠIĆ, GARCÍA YZAGUIRRE 2022.

⁷³ Por razones de espacio no voy a reconstruir las discusiones sobre esta distinción, sino que la asumiré como correcta. Por todos ver FEINBERG 1978; KRAMER 2014, 6; WILLIAMS 1979, 223-34; WILLIAMS 1973, 172 ss; BAYÓN 1991, 384-85; BRUMMER 1996.

⁷⁴ Un agente incumple una norma si se encuentra en una situación subsumibles en el antecedente de una norma y el efecto de ellos es generar un estado de cosas normativamente incompatible con el consecuente de dicha norma: si la norma prescribía Phq será una vulneración si el destinatario realiza q.

⁷⁵ Kramer lo presenta como la diferencia entre *overriding* (cancelación) y *overtopping* (inaplicación justificada). KRAMER

La noción de infracción (o incumplimiento justificado) permite clarificar, además, los casos de normas que no son preferidas luego de resolver una inconsistencia y que, sin perjuicio de ello, son relevantes para generar deberes compensatorios. En el discurso moral puede poner, por ejemplo, el deber de pedir disculpas. En el discurso jurídico puede suponer, por ejemplo, pagar una reparación a pesar de que una afectación esté justificada⁷⁶. Sobre esta diferencia volveré en líneas siguientes.

En segundo lugar, presentar una excepción como una propiedad que reduce el alcance de una norma nos devuelve a los problemas identificados en la sección 2: la vuelve indistinguible de un requisito. Sobre este punto no insistiré más.

En tercer lugar, si el efecto de exceptuar por superar es generar que una norma sea inútil para justificar una calificación normativa, entonces este es un discurso no distinguible de los resultados de socavar una norma por reinterpretación dianoética⁷⁷. Ambos resultados lo que muestran es que una norma no forma parte del microsistema de normas aplicables al caso individual. En atención a este problema, en adelante descartaré esta forma de entender la superación y la trataré como una versión de socavar en casos de indeterminación por inconsistencia.

b) Superar en sentido débil

Por excepciones como resultado de superar en sentido débil refiero a los casos de infracción a una norma o incumplimiento justificado⁷⁸. De manera más precisa, aludo al siguiente escenario: i) un caso individual (p.r) estaría regulado por la norma N_1 ($p \rightarrow Oq$) y por la norma N_2 ($r \rightarrow Phq$); ii) se identifica que N_1 genera una antinomia con N_2 ; iii) el intérprete da preferencia a N_2 por sobre N_1 ($N_2 P N_1$), lo cual supone hacer que N_1 no sea usada para calificar normativamente el caso individual; y iv) tanto N_1 y N_2 mantienen su composición normativa, pero se justifica que N_1 sea incumplida⁷⁹.

Por excepción, como podemos ver, se da cuenta de que una norma no debe ser más usada para resolver un determinado caso individual como producto de crear una ordenación entre normas inconsistentes⁸⁰. Esto no supone, necesariamente, su irrelevancia. Frente al incumplimiento,

2014, 10-11. Schauer diferencia entre excepción a la regla (limitante en el antecedente) y el *overriden* (superar o dejar de aplicar), SCHAUER 1991. Moreso presenta el punto distinguiendo entre resolver conflictos vía reducción de la fuerza o vía reducción del alcance. MORESO 2022. En otra sede he presentado este punto distinguiendo entre variación de la aplicabilidad interna y pérdida de aplicabilidad externa GARCÍA YZAGUIRRE 2022b.

⁷⁶ Para un estado del arte sobre las discusiones en materia de residuo moral (y su vinculación con la viabilidad del principio «debe implica puede») ver VRANAS 2018; HORTY 2012, 87 ss.

⁷⁷ Para ver este problema en epistemología revisar WINKELS, BOSSCHER, BOER, BREUKER 1999, 185 ss. Además RAMSEY 1968, 77.

⁷⁸ SINNOTT-ARMSTRONG 1998, 41.

⁷⁹ Sobre este punto ver HAREL, SHARON 2018, 113-14. Cabe resaltar que puede haber situaciones en las que, a pesar de haber buenas razones para superar en sentido débil una norma, haya algún supuesto de imposibilidad material para hacerlo. Para mostrar este punto veamos el clásico ejemplo de Hart con algunas modificaciones: supongamos que tenemos una norma que señala «prohibido el ingreso vehículos en el parque» y sucede que un concurrente del parque padece de un paro cardíaco. Supongamos que el legislador de esta norma incluyó en todas las entradas de los parques un conjunto de bolardos de un tamaño suficiente como para que solo ingresen personas a pie. En este escenario, no le sería posible a un aplicador del derecho crear una excepción para el ingreso de una ambulancia, pues no hay condiciones materiales para ello (se permitiría una acción que es imposible de realizar).

⁸⁰ Los juegos argumentativos no suponen, como es obvio, una victoria todo o nada en todos los casos. Esto es, que un argumento sea mejor que otro supone que el argumento vencido no será usado para justificar una conclusión, pero ello no supone que el argumento vencedor quede intacto. Pollock presenta y analiza este punto con la noción de *diminisher* (POLLOCK 2010, 11-12, 21), pero esta no es necesaria para reconstruir los casos de excepción, pues para estos solo interesa lo que le sucede a un argumento vencido.

dependiendo del sistema normativo de referencia, es posible que se active una serie de deberes compensatorios⁸¹.

Caben, por lo menos, tres diferencias entre procesos y resultados de socavar por reinterpretación dianoética y superar en sentido débil que suelen estar presentes en el discurso de los juristas. En primer lugar, cada una supone maneras diferentes de exceptuar diferentes tipos de normas. Quienes presentan de manera muy clara este punto son los autores principalistas (como Atienza y Ruiz Manero) para quienes, frente a un conflicto entre derechos, tenemos que hacer estas dos operaciones: i) la ponderación entre principios llevará a que uno supere en sentido débil al otro; y ii) se derrote una regla y esta sea reformulada a efectos de que refleje la ponderación realizada, es decir, se modifique el alcance de la regla (la regla derrotada es socavada)⁸².

En segundo lugar, cada forma de exceptuar revela compromisos diferentes a la posibilidad de que las normas jurídicas entren en conflicto o no. Por ejemplo, para un *alchourroniano* solo tiene sentido hablar de socavar por reinterpretación dianoética o comprometerse que las normas son solo *prima facie* en sentido epistémico⁸³. En cambio, si asumimos que las normas son *prima facie* en sentido normativo no tendremos problemas en admitir casos de superación en sentido débil.

En tercer lugar, cada forma de exceptuar nos exige explicitar si, teóricamente, asociamos la noción de exceptuar con la de expulsión de una norma del microsistema normativo aplicable al caso individual. En efecto, socavar por reinterpretación dianoética supone que las normas derivadas de la norma exceptuada queden derogadas, por lo menos, del microsistema normativo de normas aplicables⁸⁴. En cambio, superar en sentido débil no implica la expulsión de ninguna norma derivada, caso contrario, supone reconocer que la misma es normativamente relevante para determinar deberes compensatorios por su incumplimiento.

3.3. Identificación de excepciones como identificación de tipos de procesos

Como conclusión preliminar del punto anterior, considero que los discursos de los juristas y de los teóricos del derecho son más comprensibles si dejamos de verlos como propuestas formuladas desde el lenguaje de las normas. No estamos aclarando componentes estructurales del antecedente ni estamos formulando una definición de un tipo de norma. Lo que estamos haciendo es formular una descripción de un proceso y resultado que llevan a cabo los juristas.

Esto permite presentar una primera respuesta a las preguntas formuladas: cuál es la mejor manera de conceptualizar la noción de excepción. Conforme lo señalado, considero, por exceptuar se da cuenta de, por lo menos, uno de estos tres tipos de procesos: a) cambio de norma por reinterpretación dianoética; b) reformulación del caso individual por mejor comprensión de los hechos relevantes; y c) justificar el incumplimiento de un deber. Por excepción, de esta forma, estaremos presentando el resultado de cada uno de estos procesos. Si esto es correcto, entonces el lenguaje de las excepciones forma parte del conjunto de proposiciones descriptivas.

La noción de excepción, entonces, es mejor entendida como un concepto usado por la ciencia jurídica para formular reconstrucciones metajurisprudenciales (qué es lo que han hecho los

⁸¹ SINNOTT-ARMSTRONG 2006, 68, 215.

⁸² Este punto es discutido en extenso en GARCÍA YZAGUIRRE 2019, RAMSEY 1986, 72 ss. En materia moral el punto es ilustrado con el clásico ejemplo de la promesa incumplida. Por un lado, si prometo ver a Carla a las 15:00, pero me llama poco antes de la hora pactada para decirme que no va a llegar, entonces mi obligación queda socavada (se vuelve irrelevante para regular mi conducta). Por el otro lado, si prometo ver a Carla a las 15:00, pero a las 14:30 me enfrente a un requerimiento moral más fuerte que supondrá no llegar a la hora (ayudar a alguien en estado de necesidad), entonces dicha promesa se ve superada. Aquí se mantiene mi obligación y se genera el residuo moral de deber llamarla para disculparme.

⁸³ Al respecto OLLER 2004.

⁸⁴ Por ejemplo, del paso de $N_1 (p \rightarrow Oq)$ a $N_1' (p \sim r \rightarrow Oq)$ ha quedado derogada, por lo menos, la norma derivada $(p, r \rightarrow Oq)$ de N_1 que obteníamos por refuerzo del antecedente. Para ver este punto RÓDENAS 2021.

jueces) y metadogmáticas (qué es lo que nos proponen los dogmáticos). Asimismo, es un concepto que puede ser usado para formular, de mejor manera, tesis prescriptivas sobre qué operaciones deberían realizar los operadores jurídicos para generar calificaciones normativas que sean axiológicamente aceptables.

Esto nos lleva a la segunda pregunta: ¿cuál es la mejor manera de formular criterios de identificación de las excepciones? Si lo dicho hasta el momento es correcto, entonces dicha pregunta es mejor entendida si es reformulada así: ¿qué procesos generan como resultado la identificación de una propiedad cuya verificación produzca la inaplicabilidad de una determinada calificación normativa a un caso individual? Como podrá notarse, las respuestas pueden ser diversas.

Este punto requiere una investigación propia, por lo que la profundizaré en ulteriores trabajos. Sin perjuicio de ello, considero que es pertinente indicar nociones generales contenidas en estos criterios de identificación. Al respecto, considero que los criterios procedimentales y sistemáticos vistos en la sección 2 apuntan en la dirección correcta. Ello por dos razones: en primer lugar, la realización de un proceso que suponga la inaplicación de una norma supone atacar a una norma. Sea su apariencia de aplicabilidad (socavar) o sea la necesidad de cumplirla (superar). Estos procesos son activados como parte de una actividad contraargumentativa.

Esto supone que podremos identificar tantos tipos de procesos-resultados que generan excepciones como formas de atacar la aplicabilidad de una norma⁸⁵. En otros términos, procedimentalmente podríamos identificar procesos cuyos resultados denominaríamos excepciones estudiando las diferentes maneras que un oponente puede contraargumentar⁸⁶.

En segundo lugar, para quienes adoptan una noción de excepción como superación débil, están presuponiendo una labor de ordenación. Esto quiere decir que hay una conexión conceptual entre resultado de una jerarquización material o axiológica y excepción. Esto implica que todas las formas de resolver una inconsistencia son relevantes para identificar excepciones.

4. Conclusiones

En el presente artículo he justificado que la mejor manera de entender la noción de excepciones formulada por los teóricos del derecho es como una proposición normativa que describe el proceso y resultado de: i) socavar una norma; o ii) superar una norma. Lo primero supone describir la mejor comprensión de un caso individual y/o del sistema normativo de referencia que concluye en señalar que una determinada norma es irrelevante. Lo segundo supone describir la justificación del incumplimiento de una determinada norma.

En ese sentido, he dado razones para señalar que las expresiones «hay excepciones dentro del antecedente» o «es la norma que exceptúa a la otra» son, por decir lo menos, entimemáticas. Una posibilidad es que las usemos de manera retórica a efectos de presentar, de manera más accesible y eficiente, una idea que de otra manera exigiría un nivel de precisión innecesario para la comunicación. Esto sería lo mismo que decir que hay un uso nominal de la palabra sin contenido conceptual. Pero si pretendemos expresar que la verificación de ciertos elementos conllevan la inaplicabilidad de una norma, entonces no tiene sentido hablar de elementos de normas o de tipos de normas. Lo que tiene sentido es hablar de operaciones y resultados, de manera que «exceptuar» presenta dicho tipo de operación y «excepción» el resultado.

⁸⁵ Salvo aquellos contraargumentos dirigidos a negar la ocurrencia de ciertos hechos.

⁸⁶ Verheij señalaba que este punto muestra una (de las tantas) conexiones entre la lógica deóntica y la teoría de la argumentación (VERHEIJ 2010). De esta manera: HART 1948-1949; FREEMAN 2020, 138 ss; WALTON 2013, 31-48. Para un estudio más sistemático, ver la tipología de contraargumentos propuesta por MARRAUD 2020.

Referencias bibliográficas

- ALCHOURRÓN C. 1991 [1988]. *Condicionabilidad y representación de las normas jurídicas*, en ALCHOURRÓN C., BULYGIN E., *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, 267 ss.
- ALCHOURRÓN C. 2010. *Fundamentos para una Teoría General de los Deberes*, Marcial Pons.
- ALCHOURRÓN C., BULYGIN E. 2012. *Sistemas normativos, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, Astrea.
- AUSTIN J.L. 1975. *Ensayos filosóficos*, Ediciones de la Revista de Occidente.
- BAKER G. 1977. *Defeasibility and Meaning*, en HACKER P.M.S., RAZ, J. (ed.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Clarendon Press, 26 ss.
- BARRY B. 2001. *Culture and Equality. An Egalitarian Critique of Multiculturalism*, Harvard University Press.
- BAYÓN J.C. 1991. *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BENTHAM J. 1970. *On law in general*, Athlone Press.
- BOGARIN J. 2021. *Formación léxica y conceptualización jurídica. El vocablo «excepción»*, Dykinson.
- BOTTERELL A. 2009. *A Primer on the Distinction between Justification and Excuse*, en «Philosophy Compass», 4, 1, 2009, 172 ss.
- BOZZONI R. 1908. *Le eccezioni nel diritto romano classico*, Jovene.
- BRANNMARK J. 1999. *Rules and Exceptions*, en «Theoria», 65, 127 ss.
- BREWKA G. 2011. *Nonmonotonic reasoning: logical foundations of commonsense*, Cambridge University Press.
- BRIGAGLIA M., CELANO B. 2017. *Reasons, Rules, Exceptions: Towards a Psychological Account*, en «Analisi e Diritto», 2017, 133 ss.
- BRUMMER J. 1996. *The structure of residual obligations*, en «Journal of social philosophy» 27, 3, 1996, 164 ss.
- BULYGIN, E. 2014. *Dogmática jurídica y sistematización del derecho*, en NÚÑEZ VAQUERO Á. (ed.), *Modelando la ciencia jurídica*, Palestra, 53 ss.
- CELANO B. 2012. *True exceptions: defeasibility and particularism*, en FERRER BELTRÁN J., RATTI G.B. (eds.), *The logic of legal requirements, essays on defeasibility*, Oxford University Press, 268 ss.
- CELANO B. 2020. *Defettibilità, particolarismo, normalità*, en MALDONADO M., LUQUE P. (eds.), *Discutendo con Bruno Celano Vol. II. Col senno di poi: perplessità, elucubrazioni, ritrattazioni (poche, non molto importanti, tranne una) e repliche di Bruno Celano*, Marcial Pons, 111 ss.
- CHIASSONI P. 2011. *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Marcial Pons.
- CHIASSONI P. 2021. *The Methodology of Analytic Jurisprudence*, en «Analisi e Diritto», 2, 2021, 9 ss.
- CHISHOLM R. 1989. *Theory of knowledge*, Prentice-Hall International Editions.
- CORRAL M. 2015. *Excuses and exemptions*, en «Tópicos, Revista de Filosofía», 49, 2015, 231 ss.
- DOLCETTI A., RATTI, G. B., 2020. *Derogation and defeasibility in international law*, en BARTELS L., PADDEU, F. (eds.), *Exceptions in International Law*, Oxford University Press, 108 ss.
- DUARTE D'ALMEIDA, L. 2015. *Allowing for exceptions: A Theory of Defenses and Defeasibility in Law*, Oxford University Press.
- FEINBERG J. 1978. *Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life*, en «Philosophy and Public Affairs», 7, 1978, 102 ss.

- FERRETTI M. P., STRNADOVA L. 2009. *Rules and Exemptions: The Politics of Difference Within Liberalism*, en «Res Publica», 15, 213 ss.
- FINKELSTEIN C. O. 2000. *When the rule swallows the exception*, en «Penn Law: Legal Scholarship Repository», 19, 147 ss.
- FREEMAN J. 2011. *Argument structure. Representation and Theory*, Springer.
- FREEMAN, J. 2020. *Assessing Connection Adequacy for Arguments with Institutional Warrants*, en VAN EEMEREN F. GARSSSEN B. (eds.), *From Argument Schemes to Argumentative Relations in the Wild. A Variety of Contributions to Argumentation Theory*, Springer, 131 ss.
- GARCÍA YZAGUIRRE V. 2019. *Conflictos entre principios: descripción y crítica de la teoría especificacionista*, en «Derecho PUCP», 83, 2019, 329 ss.
- GARCÍA YZAGUIRRE V. 2020a. *Exceptuando normas: apuntes para un análisis conceptual*, en «Doxa», 43, 2020, 427 ss.
- GARCÍA YZAGUIRRE V. 2020b. *La noción de derrotabilidad en H.L.A. Hart*, en «Ius et Praxis», 26, 2, 2020, 125 ss.
- GARCÍA YZAGUIRRE V. 2021a. *Derrotabilidad procedimental y la creación de excepciones. Apuntes críticos*, en «Revista Telemática de Filosofía del Derecho», 24, 2021, 97 ss.
- GARCÍA YZAGUIRRE V. 2021b. *Antecedente de las normas y excepciones implícitas*, en «Diritto e questioni pubbliche», 1, 2021, 217 ss.
- GARCÍA YZAGUIRRE V. 2022a. *Excepciones implícitas e interpretación. Una reconstrucción analítica*, Palestra.
- GARCÍA YZAGUIRRE V. 2022b. *Conflictos entre normas y derrotabilidad. Una propuesta de análisis*, Colex.
- GARCÍA YZAGUIRRE V. 2022c. «A primera vista». *Un análisis sobre las normas prima facie*, en «Revista Telemática de Filosofía del Derecho», 25, 2022, 31 ss.
- GARCÍA YZAGUIRRE V., OSORIO H. 2022. *Interpretación restrictiva de las exenciones tributarias: una propuesta de análisis*, en «Revista Chilena de Derecho», 49, 3, 109 ss.
- GERT B. 2005. *Morality. Its nature and justification*, Oxford University Press.
- GIANFORMAGGIO L. 1987. *Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio*, en «Doxa», 4, 87 ss.
- GREENAWALT K. 2016. *Exemptions. Necessary, Justified, or Misguided?*, Harvard University Press.
- GUASTINI R. 2016. *La sintaxis del derecho*, Marcial Pons.
- HAGE J. WALTERMANN A., AROSENA G., 2020. *Exceptions in International Law*, en BARTELS L., PADDEU F. (eds.), *Exceptions in International Law*, Oxford University Press, 11 ss.
- HARE R. M. 1952. *The language of morals*, Oxford University Press.
- HAREL A., SHARON A., 2018. *Dignity, Emergency, Exception*, en AURIEL P. BEAUD O., WELLMAN C. (eds.), *The rule of crisis. Terrorism, emergency legislation and the rule of law*, Springer, 101 ss.
- HART H.L.A. 1948-1949. *The Adscription of Responsibility and Rights*, en «Proceedings of the Aristotelian Society», 49, 171 ss.
- HART H.L.A. 1998. *El concepto de derecho*, Abeledo Perrot.
- HOHFELD W.N. 2004. *Conceptos jurídicos fundamentales*, Fontamara.
- HOLTON R. 2010. *The exception proves the rule*, en «The Journal of Political Philosophy», 18, 4, 369 ss.
- HORTY R., 2012. *Reasons as defaults*, Oxford University Press.
- KERŠIĆ M., GARCÍA YZAGUIRRE V. 2022. *El “peso” de los principios: descifrando la metáfora*, en «Ius

- et Praxis», 28, 1, 2022, 162.
- KIŠ M. 1992. *Moral rules and exceptions*, en «Andrews University Seminary Studies», 30, 1, 15 ss.
- KOONS R. 2017. *Defeasible reasoning*, en «Stanford Encyclopedia of Philosophy», disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/reasoning-defeasible/>.
- KRAMER M. 2014. *Torture and moral integrity. A philosophical enquiry*, Oxford University Press.
- LAPORTA F. 2022. *La creación judicial y el concepto de derecho implícito*, en «Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid», 6, 133 ss.
- LIFANTE I. 2018. *Argumentación e interpretación jurídica, escepticismo, intencionalismo y constructivismo*, Tirant Lo Blanch.
- LYONS D. 2002. *Forms and limits of utilitarianism*, Oxford University Press.
- MACCORMICK N. 2016. *Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico*, Palestra.
- MARRAUD H. 2020. *On the Logical Ways to Counter an Argument: A Typology and Some Theoretical Consequences*, en VAN EEMEREN F. GARSSSEN B. (eds.), *From Argument Schemes to Argumentative Relations in the Wild. A Variety of Contributions to Argumentation Theory*, Springer, 149 ss.
- MENDONCA D. 2012. *Exceptions*, en FERRER BELTRÁN J., RATTI G.B. (eds.), *The logic of legal requirements, essays on defeasibility*, Oxford University Press, 202 ss.
- MILLER L. 1956. *Rules and exceptions*, en «Ethics», 66, 4, 262 ss.
- MORESO J.J. 2015. *Virtudes, particularismo y aplicación del derecho*, en LUQUE P. (ed.), *Particularismo. Ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral*, Marcial Pons, 187 ss.
- MORESO J. J. 2020. *Lo normativo: variedades y variaciones*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- MORESO J.J. 2022. *Distancia de rescate: especificando los derechos*. Disponible en https://www.academia.edu/76674564/Distancia_de_rescate_especificando_los_derechos?e_mail_work_card=title.
- MORESO J. J., NAVARRO P. 1996. *Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas*, en «Isonomía», 5, 119 ss.
- MORETTI L., PIAZZA T. 2017. *Defeaters in current epistemology: introduction to the special issue*, en «Synthese», 195.
- NIEVA FENOLL J., FERRER BELTRÁN J., GIANNINI L., 2019. *Contra la carga de la prueba*, Marcial Pons.
- NÚÑEZ VAQUERO A. 2022. *Precedentes: una aproximación analítica*, Marcial Pons.
- OLLER, C. 2004. *Condicionales normativos y lógica deóntica*, en PALAU G. (ed.), *Lógicas condicionales y razonamiento de sentido común*, Gedisa, 139 ss.
- PAUWELYN J. 2020. *Defences and the burden of proof in international law*, en BARTELS L., PADDEU F. (ed.), *Exceptions in International Law*, Oxford University Press, 88 ss.
- POLLOCK J. 1986. *A theory of moral reasoning*, en «Ethics», 96, 506 ss.
- POLLOCK J. 1987. *Defeasible reasoning*, en «Cognitive Science», 11, 481 ss.
- POLLOCK J. 2008. *Defeasible reasoning*, en ADLER J., RIPS L. (eds.), *Reasoning. Studies of Human Inference and Its Foundations*, Cambridge University Press, 451 ss.
- POLLOCK J. 2010. *Defeasible reasoning and degrees of justification*, en «Argument and Computation», 1, 7 ss.
- POLLOCK J., CRUZ J. 1999. *Contemporary theories of knowledge*, Rowman & Littlefield.

- PRAKKEN H. 1997. *Logical tools for modelling legal argument. A study of defeasible reasoning in law*, Springer.
- QUERALT J., LOZANO C., TEJERIZO J., CASADO G. 2019. *Curso de derecho financiero y tributario* (30° edición), Tecnos.
- RAMSEY P. 1968. *The case of the curious exception*, en OUTKA G., RAMSEY P. *Norm and context in christian ethics*, Charles Scribners's Sons.
- RATTI, G. B. 2017. *Rational law-giving: structural and interpretative queries*, en «Analisi e Diritto», 2017, 83 ss.
- RATTI, G. B. 2020. *False eccezioni* en MALDONADO M., LUQUE P. (eds.), *Discutendo con Bruno Celano Vol. I. Contributi*, Marcial Pons, 141 ss.
- RAZ J. 1986. *El concepto de sistema jurídico*, Universidad Nacional Autónoma de México.
- REDONDO M. C. 2000. *Lógica y concepciones del derecho*, en «Isonomía», 13, 35 ss.
- REDONDO, M. C. 2012. *Reasons for Action and Defeasibility*, en FERRER BELTRÁN J., RATTI G.B. (eds.), *The logic of legal requirements, essays on defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, 309 ss.
- RÓDENAS Á. 2012. *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*, Marcial Pons.
- RÓDENAS Á. 2021. *La derrotabilidad de las reglas. El límite entre el derecho dúctil y el derecho arbitrario*, en «Anales de la Cátedra Francisco Suarez», 1, 2021, 43 ss.
- RODRÍGUEZ J. 2002. *Lógica de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- RODRÍGUEZ, J., SUCAR, G. 2003. *Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho*, en RODRÍGUEZ J., BAYÓN J. (eds.), *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, Universidad Externado de Colombia, 103 ss.
- SARTOR G. 1991. *The structure of norm conditions and nonmonotonic reasoning*, en SUSKIND R. (ed.), *ICAAIL '91: Proceedings of the 3rd international conference on Artificial intelligence and law*, Association for Computing Machinery, 155 ss.
- SARTOR G. 1995. *Defeasibility in legal reasoning*, en BANKOWSKI Z., WHITE, I., HAHN, U. (eds.), *Informatics and the foundations of legal reasoning*, Springer, 119 ss.
- SCHAUER F. 1991. *Exceptions*, en «The University of Chicago Law Review», 58, 3, 871 ss.
- SCHAUER F. 1998. *On the Supposed Defeasibility of Legal Rules*, en «Current Legal Problems», 51, 1, 223 ss.
- SHORTEN A. 2015. *Are There Rights to Institutional Exemptions?*, en «Journal of Social Philosophy», 46, 2, 242 ss.
- SINNOTT-ARMSTRONG W. 1998. *Moral dilemmas*, Basil Blackwell.
- SINNOTT-ARMSTRONG W. 2006. *Moral skepticisms*, Oxford University Press.
- STONE J. 1985. *Precedent and law*, Butterworths.
- SUNSTEIN C. 2021. *This is not normal: the politics of everyday expectations*, Yale University Press.
- SUSSKIND R. 1987. *Expert Systems in Law. A jurisprudential inquiry*, Clarendon Press.
- VAN EEMEREN F. GARSSSEN B., KRABBE E., SNOECK F., VERHEIJ B. WAGEMANS J. 2014. *Handbook of Argumentation Theory*, Springer.
- VÄYRYNEN P. 2009. *A Theory of Hedged Moral Principles*, en SHAFER-LANDAU R. (ed.), *Oxford Studies in Metaethics, Volume 4*, Oxford University Press, 91 ss.
- VERHEIJ B. 1996. *Rules, reasons, arguments: formal studies of argumentation and defeat*. [Doctoral

Thesis, Maastricht University]. Universiteit Maastricht.

- VERHEIJ B. 2010. *Argumentation and Rules with Exceptions. Computational Models of Argument*, en BARONI P., CERUTTI F., GIACOMIN M., SIMARI G.R. (eds.), *Proceedings of COMMA 2010. Frontiers in Artificial Intelligence and Applications 216*, IOS Press, 455 ss.
- VRANAS P. 2018. “Ought” Implies “Can” but Does Not Imply “Must”: An Asymmetry between Becoming Infeasible and Becoming Overridden, en « Philosophical Review», 127, 4, 2018, 487 ss.
- WALTON D. 2013. *Methods of Argumentation*, Cambridge University Press.
- WILLIAMS B. 1973. *Ethical consistency*, en ID. *Problems of the self. Philosophical papers 1956-1972*, Cambridge University Press, 166 ss.
- WILLIAMS B. 1979. *Conflict of values*, en RYAN A. (ed.), *The idea of Freedom. Essays in honor of Isaiah Berlin*, Oxford University Press, 221 ss.
- WILLIAMS G. 1988. *The logic of “exceptions”*, en «The Cambridge Law Journal», 47, 2, 261 ss.
- WINKELS R., BOSSCHER D, BOER A., BREUKER J., 1999. *Generating Exception Structures for Legal Information Serving*, en CAIL-99, 1999, 182 ss.
- WOODRUFF P. 1982. *Justification or Excuse: Saving Soldiers at the Expense of Civilians*, en «Canadian Journal of Philosophy», 7, 1982, 152 ss.
- ZORZETTO S. 2011. *La norma speciale, una nozione ingannevole*, ETS.

**COSA PUNIRE?
SCOPI E LIMITI DELLE
PROIBIZIONI PENALI
NELLA FILOSOFIA
DI BECCARIA**

DARIO IPPOLITO



Cosa punire?

Scopi e limiti delle proibizioni penali nella filosofia di Beccaria

What to punish?

Purposes and limits of criminal prohibitions in Beccaria's philosophy

DARIO IPPOLITO

Professore associato, Dipartimento di Giurisprudenza, Università Roma Tre.

E-mail: dario.ippolito@uniroma3.it

ABSTRACT

Necessarie alla convivenza civile, le norme penali possono facilmente travalicare il limite della necessità. Oltre quale soglia è inammissibile la compressione legale della libertà individuale? Dove fissare il confine tra il lecito e l'illecito? In base a quali parametri valutare la legittimità delle proibizioni? La risposta di Beccaria a queste domande cruciali rompe con la tradizione della cultura giuridica e della morale teologica. La sua filosofia civile, sviluppata nel solco dottrinale del contrattualismo moderno, ridimensiona drasticamente il potere punitivo dello Stato. In questo saggio, propongo un'analisi del discorso normativo di Beccaria circa le azioni meritevoli di sanzione, con particolare riguardo al rapporto tra diritto penale e morale sessuale.

Criminal rules are undoubtedly necessary for civil coexistence, but their extension may well exceed the criterion of necessity. Where to draw the line between the licit and the illicit? Which prohibitions are legitimate? Beyond what extent does the legal compression of freedom become unacceptable? Faced with these crucial questions, Beccaria rejects the traditional answers of moral theology and legal culture. His civil philosophy, rooted in the doctrine of the social contract, drastically reduces the scope of the power to punish. This article examines Beccaria's discourse on the justification of prohibitive norms, with particular regard to the problem of the penal regulation of sexual life.

KEYWORDS

Beccaria, diritto penale, contratto sociale, libertà, controllo della sessualità

Beccaria, criminal law, social contract, freedom, control of sexuality

Cosa punire?

Scopi e limiti delle proibizioni penali nella filosofia di Beccaria

DARIO IPPOLITO

Introduzione – Parte I. «Non può essere chiamata delitto...» – 1. *Governare e proibire* – 2. *Le astuzie della retorica* – 3. *Actio finium regundorum* – 4. *Assiologia delle proibizioni* – Parte II. *Diritto penale e morale sessuale* – 5. *Coordinate topografiche* – 6. *Antropologia dell'adulterio* – 7. *Lo stigma di Sodoma* – 8. *Madri che uccidono i figli*

Introduzione

La parola *decriminalizzazione* non appartiene al lessico giuridico del secolo XVIII. Ciononostante, le dottrine penali dei Lumi sono accomunate e contraddistinte dall'istanza politica designata da quella parola. *Decriminalizzare*: restringere la classe delle azioni proibite; ridimensionare l'area del disciplinamento penale; delimitare il raggio del potere punitivo. È un'istanza dirompente, che infrange dogmi, credenze e valori tradizionali; che scardina i nessi tra religione e politica, tra diritto e morale. È un'istanza di libertà: dalla superstizione e dall'ortodossia, dall'inquisizione dei pensieri e dal controllo oppressivo sulle parole. Parole che, in mancanza della libertà rivendicata, vestono spesso l'abito della prudenza nell'espressione di quell'istanza: serpeggiano tra le righe, si affacciano mascherate, fingono di preterire e dicono di non dire. Ma, nel dire, sono penetranti e feraci, tanto da giungere a improntare, nell'eversione dell'Antico regime, la nuova legalità della Rivoluzione.

Quando nel maggio 1791, dinanzi all'Assemblea nazionale, Louis-Michel Le Peletier (1760-1793) presenta il progetto di codice penale elaborato dai Comitati di Costituzione e di Legislazione criminale, il suo discorso vibra d'orgoglio nell'annunciare ai deputati la riduzione del catalogo dei reati:

Vous allez enfin en voir disparaître cette foule de crimes imaginaires qui grossissait les anciens recueils de nos lois.

Vous n'y retrouverez plus ces grands crimes d'hérésie, de lèse-majesté divine, de sortilège et de magie, dont la poursuite vraiment sacrilège a si longtemps offensé la divinité, et pour laquelle, au nom du ciel, tant de sang a souillé la terre¹.

Dal novero delle proibizioni penali spariscono anche il suicidio e l'omosessualità, insieme a numerosi atti che l'assolutismo monarchico sanzionava come delitti di lesa maestà. È l'esito politico di una profonda elaborazione culturale; l'approdo rivoluzionario di un secolare movimento riformatore.

Le immagini evocate da Le Peletier, i principi ispiratori del codice penale, la decriminalizzazione operata dalla Rivoluzione si collegano a una riconoscibile genealogia intellettuale. Tra le sue ramificazioni, spiccano le polemiche di Thomasius (1655-1728) contro la penalizzazione dell'eresia e della magia², le critiche oblique di Montesquieu (1689-1755) alle degenerazioni dispotiche del potere punitivo³, le audaci battaglie di Voltaire (1694-1778) per la laicizzazione del diritto penale⁴. Ma

¹ LE PELETIER 1791, 321.

² Cfr. CATTANEO 1976; HUNTER 2007.

³ Cfr. CHARRITHERS 1997; SPECTOR 2012; IPPOLITO 2019.

⁴ Cfr. GROFFIER 2011.

a stagliarsi in posizione centrale, forte del suo straordinario riverbero intellettuale e del suo profondo impatto civile, è il «miracoloso libretto»⁵ di Beccaria (1738-1794): discusso, tradotto, commentato, citato, imitato ed emulato in tutti i centri culturali della *République des Lumières*.

Alcuni decenni fa, Giovanni Tarello ha rimarcato che «in nessun periodo come nella seconda metà del secolo XVIII è stato intensamente dibattuto il problema penale»⁶. Più di recente, Michel Porret, traendo ispirazione da una celebre monografia di Pocock⁷, ha usato l'espressione «Momento Beccaria» per designare quella stagione germinale della modernità giuridica⁸. Evocativa, calzante e pregnante, la formula è diventata il titolo di un'opera innovativa pubblicata da Philippe Audegean e Luigi Delia: *Le Moment Beccaria. Naissance du droit pénal moderne*⁹. Se il nome di Beccaria si presta (e si presta bene) a simboleggiare una costellazione di dibattiti e lotte civili, di polemiche e proposte operative, di riflessioni e realizzazioni che hanno caratterizzato un'epoca di «distruzione creatrice»¹⁰, è perché *Dei delitti e delle pene* – dal momento della sua apparizione (1764) – ha stimolato quei dibattiti e innescato quelle lotte, ha rafforzato la contestazione dell'ordine vigente e ispirato progetti di riforma radicale, ha alimentato la riflessione sulla legislazione e orientato l'azione dei legislatori.

Alla celebrazione del duecentocinquantesimo anniversario della pubblicazione *Dei delitti* (2014) ha corrisposto un'impressionante fioritura di studi sull'illuminismo penale e la sua eredità culturale¹¹. Dall'America Latina al Giappone, il pensiero di Beccaria è oggi (forse più che nel secolo scorso) oggetto di una diffusa e sfaccettata riflessione: attira l'attenzione dei filosofi e degli storici; suscita ripensamenti e polemiche tra i giuristi; sollecita il dialogo interculturale, il superamento delle barriere disciplinari, l'interazione e l'integrazione tra le scienze umane. Significativamente, il nome di Beccaria è diventato, nel 2015, il titolo di una rivista dagli ampi orizzonti umanistici: «Beccaria. Revue d'histoire du droit de punir»; e tante altre riviste, in tempi recenti, hanno dedicato all'opera beccariana interi fascicoli, dossier monografici o sezioni tematiche: dalla «Rivista internazionale di Filosofia del diritto» (2014, 91), ad «Antigone» (2014, 3); dai «Materiali per una storia della cultura giuridica» (2015, 1) allo «Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte» (2015, 16); da «Diciottesimo Secolo» (2019, 4) a «Dix-huitième siècle» (2021, 53). Sarebbe facile accrescere l'elenco: si avverte ormai la necessità di una nuova bibliografia degli studi su Beccaria e sulla circolazione internazionale della sua ideologia del diritto penale. Gli strumenti di lavoro di cui ci siamo serviti fino a ieri sono repentinamente invecchiati.

La qualità dei risultati conseguiti da questa effervescente produzione scientifica è – nelle sue vette – decisamente elevata: in termini di originalità di analisi, di approfondimenti tematici, di acquisizioni conoscitive e di proposte interpretative. Tra i molti elementi di novità, tuttavia, risalta un dato di continuità rispetto alla tradizione degli studi: la dottrina *dei delitti* di Beccaria riceve molta meno attenzione rispetto alla dottrina *delle pene*. Anzi, non raggiunge neppure il livello di interesse suscitato dalla dottrina *del processo*¹².

Vasta e varia è la letteratura su Beccaria e la pena di morte, così come su Beccaria e la tortura. Lo stesso può dirsi per quanto riguarda la concezione del contratto sociale, della prevenzione generale, dell'attività giudiziale e della mitezza penale. Per contro, delle pagine dei *Delitti* dedicate ai delitti, solo in pochi si sono occupati. Certo, tutti sappiamo che Beccaria traccia una linea di

⁵ CALAMANDREI 2019 [1948], 206.

⁶ TARELLO 1997 [1976], 383.

⁷ Cfr. POCOCK 1975.

⁸ Cfr. PORRET 2003.

⁹ Cfr. AUDEGEAN, DELIA 2018.

¹⁰ Riprendo l'efficace formula di SCHUMPETER 1975 [1942], 83, mutandone il riferimento empirico.

¹¹ Nell'impossibilità di dar conto dell'intera bibliografia, mi limito a segnalare pochi contributi imprescindibili: COSTA 2014 e 2015; AUDEGEAN 2015, 2016, 2019 e 2021; FRANCONI 2016.

¹² A titolo esemplificativo, si può notare che nell'importante volume di AUDEGEAN et al. 2017, il solo contributo concernente la problematica dei delitti è quello (notevolissimo) di IMBRUGLIA 2017.

demarcazione tra i reati e i peccati; e tutti abbiamo imparato, dalla dogmatica giuridica, a riconoscere nelle sue pagine i principi di materialità e di offensività. Ma un confronto ermeneutico, filologico e filosofico sulle tesi beccariane in materia di delitti deve ancora iniziare.

Ciò non significa che manchino i punti di partenza. Philippe Audegean e Michel Porret hanno esaminato la questione sotto diversi angoli visuali¹³. Alla luce dei loro contributi, tenterò di approfondire la riflessione sulla filosofia dei *Delitti*, ancorando l'interpretazione analitica del testo alla sua contestualizzazione politica, giuridica e culturale. Nella prima parte del saggio, fornirò un inquadramento generale della tematica e proporrò un'interpretazione del discorso di Beccaria sulla legittimità delle norme proibitive. Nella seconda parte, mi soffermerò su un paragrafo poco frequentato dagli studiosi, «Delitti di prova difficile»¹⁴, elucidando le argomentazioni critiche e i principi normativi in forza dei quali Beccaria mette in questione il disciplinamento penale dell'adulterio, dell'omosessualità e dell'infanticidio.

Parte I. «Non può essere chiamata delitto... »

1. Governare e proibire

Nel sistema dei reati si riflette il sistema dei valori di una società politica. Dei valori dominanti, ovviamente: non necessariamente i più diffusi, bensì quelli di chi esercita il dominio politico nella società. La proibizione penale è verticale: scende dall'alto della sovranità a ordinare e dirigere le condotte dei soggetti (*sub-iecti*). È la regola per antonomasia; l'archetipo dell'eteronomia. Parla scopertamente il linguaggio dell'intimidazione. Induce all'obbedienza, sfruttando la minaccia come tecnica di motivazione¹⁵. La sua forza cogente è carica di pregnanza politica. Dispositivo irrinunciabile del potere, ne definisce l'identità, i principi e gli scopi. È decisione in senso etimologico: taglio di quelle libertà incompatibili con l'ordine su cui riposa l'autorità. Nella profondità e nella larghezza di quel taglio, si manifesta con la massima evidenza la natura di un regime politico.

Il diritto penale d'Antico regime è esigente. Impone ai destinatari la sottomissione intellettuale all'ordine statale: la prosternazione silenziosa dell'individuo ai piedi del trono e dell'altare. L'espressione giuridica di questa pretesa autoritaria si configura nei *crimina lesae maiestatis*: eterogenea classe di proibizioni disposte a tutela del potere (temporale e spirituale); fattispecie di reato elastiche e duttili indirizzate a inibire atteggiamenti nocivi al sistema di governo¹⁶. Governo delle coscienze oltre che delle relazioni; quindi, criminalizzazione non soltanto di azioni contro persone dotate di autorità (o cose strumentali al suo esercizio), ma anche dell'anticonformismo religioso e del dissenso politico¹⁷.

Nei trattati dei *doctores iuris* questa congerie di delitti è classificata sotto due specie, in base alla maestà offesa dall'azione: quella di Dio o quella di chi, per sua volontà, governa gli uomini. In linea di massima, sono qualificati come *crimina lesae maiestatis divinae* la basfemia, la magia, l'idolatria, l'apostasia, lo scisma, l'eresia, l'ateismo e vari tipi di sacrilegio (l'oltraggio ai chierici, la violenza sulle monache, la simonia, la profanazione delle chiese e dei cimiteri, etc.). Nella categoria espansiva della lesa maestà umana (articolata in diverse classi di gravità), sono generalmente incluse – oltre alla ribellione e alla prodizione pubblica – le offese alla persona del re, dei

¹³ Cfr. AUDEGEAN 2010; PORRET 2003. Di Audegean apparirà a breve – per i tipi de Il Mulino – una nuova monografia sul pensiero giuridico di Beccaria.

¹⁴ BECCARIA 2009 [1764], 250-257.

¹⁵ Cfr. CORDERO 1978, 900.

¹⁶ Si veda la fondamentale monografia di SBRICCOLI 1974.

¹⁷ Una catalogazione sistematica dei *crimina lesae maiestatis* si trova in MUYART DE VOUGLANS 1781, 81-148.

suoi più stretti familiari e dei suoi principali ministri; le offese verso l'autorità del sovrano nell'amministrazione della giustizia e delle finanze; le offese all'onore e alla dignità della corona.

Qualche esempio specifico sarà utile a dar la misura della portata di questo dispositivo penale. Possiamo attingere al puntuale catalogo compilato da Daniel Jousse (1704-1781) nel terzo libro del *Traité de la Justice Criminelle*. Tra i malfattori punibili per crimine di primo grado egli annovera «ceux qui vont par les provinces du Royaume pour solliciter le sujets du Roi d'entrer en ligue, associations ou enrrollements, verbalement ou par écrit»; «ceux qui détournent les sujets du Roi de l'obéissance qu'ils lui doivent»; «ceux qui composent ou distribuent des libelles contre l'Etat»; etc. Alla lesa maestà di secondo grado egli riconduce le azioni di «ceux qui injurient le Prince, ou qui tiennent des discours injurieux à son honneur et à sa dignité»; «ceux qui refusent de payer les impôts au Souverain»; «ceux qui fabriquent de la fausse monnaie»; «ceux qui sortent du Royaume pour passer en pays étranger»; «ceux qui transportent des bleds, farines et autres grains hors du Royaume sans [...] permission»; etc.

Ben si confanno alla lesa maestà le parole utilizzate da Stefano Rodotà in riferimento alla proprietà: è un «concetto prensile, capace di impadronirsi delle situazioni più diverse»¹⁸. Situazioni che mutano nel tempo e nello spazio, in base ai regimi politici e ai sistemi giuridici. Sullo sfondo del diritto comune, infatti, si stagliano scelte normative e prassi giurisdizionali differenti: «non è materia che in tutto riceva una stessa regola generale ed uniforme», avverte Giovanni Battista De Luca (1614-1683) nel *Dottor Volgare*, «per la diversità non solamente delle leggi, ma ancora degli stili e de' costumi de' Principati e de' paesi»¹⁹. Tuttavia, al di là delle diversità sostanziali e procedurali, al di là del numero più o meno esteso di proibizioni attratte nella sua orbita repressiva, la lesa maestà figura ovunque tra le qualificazioni criminali di maggior gravità: onusta dei peggiori disvalori, comporta i massimi castighi. Il suo sostrato ideologico, modellato dalla dottrina religiosa, appare in piena luce nella trattazione di Jousse, che ne reitera la giustificazione tradizionale: «Le crime de Leze-Majesté est un des plus atroces qui puissent se commettre; parce que c'est une offense qui se fait aux Rois et aux Souverains, qui sont les images de Dieu et qui représentent dans le gouvernement de leurs Etats l'autorité que Dieu exerce dans le gouvernement de l'Univers»²⁰.

Dove i detentori della sovranità utilizzano il diritto penale per contrastare la critica del potere (che si ammanta della legittimazione divina), criticare il diritto penale significa esporsi alle sanzioni minacciate dal potere. L'esposizione è maggiore quando la contestazione invade il campo dei delitti: denunciare l'ingiustizia di una proibizione penale equivale a mettere in discussione l'ordine etico-politico che in essa trova protezione. È questo il contesto in cui dobbiamo comprendere il testo dei *Delitti*, nel detto e nel non detto. È questo lo sfondo in cui vanno inquadrare le strategie discorsive di Beccaria. Dissentire su cosa è legittimo punire ha implicazioni più gravi che polemizzare sulle modalità punitive e sulle forme del giudizio. Nel 1764, un suddito del Ducato di Milano può combattere a viso aperto «la crudeltà delle pene e l'irregolarità delle procedure criminali»²¹, ma non l'esorbitanza dei divieti. Su questo fronte della battaglia riformatrice, Beccaria *larvatus prodit*.

2. Le astuzie della retorica

Anche «l'immortale Presidente di Montesquieu» – di cui Beccaria segue le «tracce luminose»²² – era stato assai cauto nel rimarcare le storture del sistema dei reati. Le sue osservazioni sull'abuso della categoria della lesa maestà, sull'indeterminatezza del linguaggio penale e sul carattere dispotico dei

¹⁸ RODOTÀ 2003, 2.

¹⁹ DE LUCA 1740 [1673], XV, II, 5, 131.

²⁰ JOUSSE 1771, III, IV, 681.

²¹ BECCARIA 2009 [1764], «Introduzione», 144.

²² BECCARIA 2009 [1764], «Introduzione», 144.

reati d'opinione sono accortamente circonfuse da una cortina fumogena di riferimenti a leggi lontane nel tempo e nello spazio²³. Il suo affondo polemico contro la persecuzione dell'eresia, rappresentata quale spada di Damocle incombente sulla libertà e l'innocenza dei cittadini, si chiude con una rapida mossa difensiva tesa a parare in anticipo l'accusa di tollerantismo (delitto equiparato alla blasfemia²⁴): «Je n'ai point dit ici qu'il ne fallait point punir l'hérésie; je dit qu'il faut être très circonspect à la punir»²⁵.

Sbaglieremmo a inferire da questa frase che Montesquieu ammetta «come necessaria»²⁶ la repressione dell'eresia. Allorquando le opinioni sono criminalizzate, esprimere il proprio pensiero comporta dei rischi. Chi decide di esporsi a tali rischi, nella misura del possibile cerca di minimizzarli. È il coraggio, non la temerarietà, la cifra morale degli illuministi. La loro critica è spesso dissimulata. La loro sagacia polemica si manifesta anche nelle tattiche prudenziali. Per questo, i loro scritti vanno letti tra le righe. L'interpretazione letterale non basta. Anzi, può essere addirittura fuorviante.

Nell'arte funambolica della scrittura a doppio fondo, Beccaria non è meno abile del suo precettore in filosofia²⁷. Se sceglie – come si vedrà – di tenersi alla larga dal rovelto della lesa maestà (limitandosi a rilevarne la crescita abnorme e infestante), dedica invece una pagina scintillante d'intelligenza mordace alla criminalizzazione dell'eresia. Una pagina da antologia del nicodemismo politico, cesellata da un sapiente *labor limae* e giocata sul filo dell'ironia²⁸. Allusioni, ipallagi, anafore, antifrasi, paralessi: Beccaria colpisce e spiazza; sorride complice al lettore simpatetico e si fa beffe del censore. L'apologia della libertà di pensiero e della tolleranza religiosa, la delegittimazione del disciplinamento penale della vita spirituale, l'esecrazione degli orrori prodotti dal dogmatismo, l'evidenziazione dell'incompatibilità tra il messaggio cristiano e la coartazione delle coscienze si annodano nelle linee di un discorso che, alla lettera, accredita non solo come «necessaria una perfetta uniformità di pensieri in uno stato»²⁹, bensì come «indispensabile» «l'impero della forza sulle menti umane»³⁰. Sbrigliando la sua maestria retorica, Beccaria finge di aderire alle tesi che respinge; si oppone a ciò che afferma; propugna ciò che nega: quel che scrive è sovversivo, ma il modo in cui scrive lo schermisce dall'accusa di averlo scritto.

Ferdinando Facchinei (1725-1824), zelatore del diritto penale confessionale, scovò in questa pagina il «nemico del Cristianesimo» e il «cattivo Filosofo»³¹; si impegnò a smascherare la «perfidia dissimulazione» addentrandosi nella «maligna oscurità»³² dell'argomentazione. Eppure, non poté accusare Beccaria di propagandare la decriminalizzazione dell'eresia:

Confessa quest'Autore che il metodo di punire i Delitti contro la Religione è *necessario*, ed *indispensabile* e che ciò deve credersi *evidentemente provato e conforme ai veri interessi degli uomini*; e non di meno inveisce furiosamente contro questo giusto, e necessario rigore, peggio che se fosse affatto inutile, ingiusto, e contrario alla ragione. Ma se le sue arrabbiate invettive sono un effetto della sacrilega avversione ai giudici, della Chiesa, e a dogmi del Cristianesimo; questa sua confessione è

²³ Cfr. IPPOLITO 2019, 69-75.

²⁴ Cfr. MUYART DE VOUGLANS 1781, 87-90.

²⁵ MONTESQUIEU 2014 [1748], XII, 5, 1290.

²⁶ TARELLO 1997 [1976], 456.

²⁷ «L'epoca della mia conversione alla filosofia fu cinque anni fa leggendo le *Lettere persiane*», scrive Beccaria nella nota lettera a André Morellet (1766), che si può leggere in appendice a BECCARIA 1965 [1764], 361-378.

²⁸ Cfr. BECCARIA 2009 [1764], XXXIX, 278-281 (e le importanti note del curatore alle pagine 392-394). Si confronti il testo stampato con BECCARIA [«Prima redazione»] 1984, 189-190.

²⁹ BECCARIA 2009 [1764], XXXIX, 278.

³⁰ BECCARIA 2009 [1764], XXXIX, p. 280.

³¹ FACCHINEI 1765, 155.

³² FACCHINEI 1765, 156.

l'effetto della forza dell'efficacissima verità, anzi della permissione dell'Altissimo, che à sempre saputo estrarre dalla bocca de' suoi più ciechi nemici, le più terribili verità³³.

In una reazione di questo genere possiamo misurare l'efficacia tattica del discorso di Beccaria. La frase che non colpisce difende. Nel giungere a segno, gli attacchi spuntano le armi dell'avversario. Emblematica, da questo punto di vista, è proprio la diatriba sui delitti di prova difficile. Beccaria, come vedremo, si sofferma sul problema della penalizzazione dell'adulterio. La sua postura è visibilmente critica, ma egli non si sbilancia in un'aperta contestazione. Facchinei commenta indispettito: «dice delle gravissime cose in commiserazione di questo delitto; ma vi frammette delle proteste tanto scaltre che non si sa cosa dirli»³⁴.

3. Actio finium regundorum

Prima di considerare in modo puntuale le «gravissime cose» che suscitano l'indignazione del censore, dobbiamo esaminare la problematica generale della legittimità delle proibizioni penali. Cos'è un delitto dal punto di vista di Beccaria? Quali sono le azioni che egli chiama *delitti*? Come è definita e come è utilizzata questa parola nei *Delitti*? Qual è l'atteggiamento di Beccaria di fronte alle norme sanzionatorie che – in base ai suoi criteri di giustizia – non dovrebbero esistere?

La ricerca delle risposte a questi interrogativi non può che partire dal paragrafo 6, dove Beccaria espone la propria filosofia dei delitti, determinando l'assiologia dei beni che meritano la protezione della legge penale. Un delitto, egli afferma, è un'azione contraria al bene pubblico: cioè, un'offesa alla società. Nella prospettiva del contrattualismo beccariano (che non concede nulla all'organicismo politico), la società è concepita come un'unione di individui³⁵. Di conseguenza, le azioni che vengono qualificate come delitti sono quelle che producono un danno al consorzio civile o agli individui che lo compongono:

Data la necessità della riunione degli uomini, dati i patti, che necessariamente risultano dalla opposizione medesima degl'interessi privati, trovasi una scala di disordini, dei quali il primo grado consiste in quelli che distruggono immediatamente la società, e l'ultimo nella minima ingiustizia possibile fatta ai privati membri di essa [...]. Qualunque azione non compresa tra i due sovraccennati limiti non può essere chiamata delitto, o punita come tale [...]³⁶.

Dobbiamo fare attenzione a non confondere questo criterio di legittimazione/delegittimazione delle proibizioni penali con una stipulazione semantica relativa all'uso del termine *delitto*. In questo passaggio, Beccaria non definisce il significato di una parola: definisce la frontiera del potere di punire. Egli non dice: «attenzione, signor lettore, chiamerò delitto soltanto le azioni socialmente offensive». Esclama invece: «attenzione, signor legislatore, le azioni socialmente inoffensive non possono essere penalizzate». Questa annotazione serve a evitare un possibile equivoco interpretativo. Benché Beccaria affermi che le azioni che non arrecano danno alla comune utilità non possano essere chiamate delitti, egli parla di delitti a proposito delle azioni qualificate come tali dal diritto positivo. Ciò non deve disorientarci: come contestarne la penalizzazione senza menzionarne il *nomen iuris*? La nozione assiologica di delitto quale azione che produce un danno sociale è quindi utilizzata come principio di *legis latio* che orienta la critica delle *leges latae*: precisamente, delle figure giuridiche di reato. Deter-

³³ FACCHINEI 1765, 156.

³⁴ FACCHINEI 1765, 151.

³⁵ Cfr. IPPOLITO 2022a.

³⁶ BECCARIA 2009 [1764], VI, 160.

minando la sfera dei divieti legittimi, questo principio evidenzia l'ingiustizia delle norme penali che fuoriescono da quella sfera.

Non basta, però, l'ancoraggio ai concetti di azione, di danno e di società a caratterizzare la posizione di Beccaria di fronte al diritto d'Antico regime. Non è sufficiente il riferimento ai principi di materialità e offensività per situare la filosofia dei *Delitti* nell'ambito della cultura giuridica e delle dottrine penalistiche. La definizione di delitto come azione che danneggia la società è infatti compatibile con diverse ideologie del potere punitivo. Ideologie le cui differenze non sono sfumature ma netti contrasti di colore politico.

Prendiamo ad esempio le tesi di un ammiratore e di un avversario di Beccaria: Manuel de Lardizábal y Uribe (1739-1820), autore di un *Discurso sobre las penas* nel quale circola l'aria dei Lumi, e Pierre-François Muyart de Vouglans (1713-1791), tipico criminalista d'Antico regime che reagisce ai *Delitti* con una serrata *Réfutation*. Lardizábal scrive che la legge penale, originando dalla necessità di conservare la società, può sanzionare soltanto le «acciones externas, que directa o indirectamente turban la tranquilidad pública, o la seguridad de los particulares»³⁷. Questa delimitazione del campo del proibibile è preceduta e seguita da un'insistita critica della confusione tra peccato e reato³⁸. Tutto il discorso si svolge in un fitto dialogo con Montesquieu e Beccaria. Ciononostante, nella classe delle azioni dirette a turbare o distruggere la società (cioè dei delitti che meritano le pene più gravi), Lardizábal include l'eresia³⁹: la religione, dal suo punto di vista, è «el vínculo más fuerte y el mas firme apoyo de la sociedad»⁴⁰.

L'ordine politico richiede l'omogeneità confessionale del corpo sociale: quindi, la fede individuale, nelle sue manifestazioni esteriori, dev'essere disciplinata dal potere punitivo. È un'idea risalente, diffusa e tenace: è la stella polare di Muyart de Vouglans, tetragono alfiere della monarchia di diritto divino e pugnace apologeta del sistema penale generato dal connubio tra diritto canonico e diritto secolare. Alla ragione riformatrice dei Lumi, egli oppone le ragioni dell'autorità e della tradizione, sollevando lo scudo della *scientia iuris* contro le armi della critica filosofica. La sua replica a Beccaria è immediata⁴¹; la condanna di Montesquieu arriva postuma⁴². A entrambi, Muyart rimprovera di aver suffragato il principio di tolleranza e di aver osato affermare che i delitti di lesa maestà divina non sono punibili dalla giustizia umana. L'argomento secondo il quale Dio non ha bisogno di vendette terrene è liquidato come irricevibile e fallace⁴³. Eppure, se andiamo a confrontarci con la sua visione del delitto, ritroviamo una limpida enunciazione dei principi di materialità e offensività (congiunti, peraltro, a quelli di colpevolezza e legalità). «Le Crime [...] », egli scrive, «c'est un Act défendu par la Loi, par lequel on cause du préjudice à un tiers par son dol ou par sa faute»⁴⁴: «ce tiers est ou le Public ou le Particulier, ou, en même tems l'un et l'autre»⁴⁵.

Pregiudizio, danno, lesione, offesa sono termini valutativi; il campo semantico di *azione* e di *atto* non è privo di zone d'ombra; *sicurezza, società, individuo* designano concetti eminentemente controversi, nei quali si rispecchiano le differenze di fondo tra le concezioni dell'uomo e del mondo.

³⁷ LARDIZÁBAL Y URIBE 2001 [1782], 166. Desidero ringraziare Perfecto Andrés Ibáñez per avermi fatto scoprire questo interessantissimo testo.

³⁸ « Hay [...] entre el delito y el pecado una verdadera diferencia, y es muy importante no perderla de vista en la legislación criminal » (LARDIZÁBAL Y URIBE 2001 [1782], 167).

³⁹ LARDIZÁBAL Y URIBE 2001 [1782], 172

⁴⁰ LARDIZÁBAL Y URIBE 2001 [1782], 167: «Cuando digo que sólo las acciones externas, que directa o indirectamente turban la tranquilidad pública o la seguridad de los particulares, son delitos, y que sólo ellas están sujetas a la censura de la leyes humanas, estoy muy distante de excluir de esta clase las acciones externas perturbativas de la religión, porque esta es el vínculo más fuerte y el mas firme apoyo de la sociedad; pues como sabiamente dice Plutarco, más fácil sería edificar una ciudad sin suelo que establecer o conservar una sociedad sin religión».

⁴¹ MUYART DE VOUGLANS, 1767.

⁴² MUYART DE VOUGLANS, 1785. Di quest'operetta polemica propone un'acuta lettura PORRET 1997.

⁴³ Cfr. MUYART DE VOUGLANS 1767, 106-108; MUYART DE VOUGLANS 1785, 14.

⁴⁴ MUYART DE VOUGLANS, 1757, 2.

⁴⁵ MUYART DE VOUGLANS, 1757, 5.

Per mettere a fuoco la filosofia penale di Beccaria, dunque, occorre comprendere cosa sia, dal suo punto di vista etico-politico, un'azione socialmente dannosa.

4. Assiologia delle proibizioni

L'essere umano, secondo l'antropologia di Beccaria, agisce allo scopo di evitare il dolore e cercare il piacere. Per questo abbandona lo stato di natura. Capisce che la possibilità di far tutto non gli è di nessuna utilità: anzi, gli nuoce; rendendo imprevedibili i comportamenti degli altri, gli impedisce di calcolare come raggiungere i propri obiettivi. Lo spoglia del dominio sulle sue azioni per la paura e il pericolo delle interazioni. Lo schiaccia sull'orizzonte del presente, esponendolo alle angustie di un conflitto permanente. Ogni individuo, potenzialmente, è una minaccia per gli altri. Nessuno può mettere a frutto come vorrebbe le facoltà di cui è dotato. Così, tutti decidono di cambiare condizione; di vivere meglio accordandosi sulle regole del convivere. Regole vincolanti per tutti i contraenti: decise da un'autorità delegata, a cui è conferito il monopolio della forza nella repressione degli inosservanti. Ma la delega di potere che costituisce la sovranità è strettamente condizionata alla ragione del patto. Associandosi nello Stato e assoggettandosi alle sue norme, gli individui non cercano la sicurezza al prezzo della libertà, bensì la sicurezza della libertà. Una libertà-sicurezza che non si dà là dove è sregolato l'esercizio di ogni facoltà. Una libertà-sicurezza il cui presupposto è la rinuncia alla prevaricazione; la cui condizione è la legge; la cui garanzia è la pena⁴⁶.

L'individuo beccariano accetta la legge penale come necessità perché vuole essere sicuro di essere libero. Ma accetta solo le leggi penali indispensabili alla preservazione dell'ordine su cui è fondata la libertà. Prodotto dal contratto sociale (che è in primo luogo un patto di non belligeranza), quell'ordine è del tutto artificiale: riflette la concorde volontà degli associati, non un paradigma di giustizia naturale o sovranaturale. I fondatori della società politica pretendono l'uno dall'altro di astenersi dalle azioni offensive, non di attenersi ai precetti edificanti di una morale, né, tantomeno, ai comandamenti salvifici di una religione. Il potere che istituiscono dispone di un'unica forma di normatività: il diritto positivo, la cui coattività è vincolata e limitata dalle finalità di tutela soggettiva poste alla base del patto. Perciò, ogni sanzione collegata a un divieto che esorbita da quelle finalità è un'illegittima compressione della libertà: un atto di tirannia⁴⁷.

È questa concezione eteropoietica dello Stato; è questa interpretazione non giusnaturalistica del contratto sociale; è questa visione strumentale del diritto penale a qualificare la filosofia di Beccaria e a riempire di significato gli elementi connotativi della sua nozione di reato.

In base a questa configurazione dottrinale, quali sono le classi di azioni a cui si addice il nome *delitto* e la comminazione penale?

Un sommario censimento tra le pagine del testo consente di rispondere a questo interrogativo.

Nei *Delitti*, sono designati come delitti – e giudicati meritevoli di sanzione – gli atti che offendono la vita, l'integrità, i beni e l'onore degli individui: alle offese contro la persona convengono pene corporali; alle offese contro il patrimonio pene servili; alle offese contro l'onore la pena dell'infamia⁴⁸. Da questo insieme di atti lesivi della «privata sicurezza di un cittadino»⁴⁹ (comprendente anche «le ingiustizie de' magistrati»⁵⁰), sono distinte, per minore gravità, «le

⁴⁶ Cfr. IPPOLITO 2022b.

⁴⁷ Cfr. BECCARIA 2009 [1764], I-II, 147-151. Sul contrattualismo non giusnaturalistico di Beccaria e sui principi penali che ne derivano sono fondamentali i saggi di Audegean citati nelle note 11 e 13.

⁴⁸ Cfr. BECCARIA 2009 [1764], VIII, 166-169; XX, 208; XXII, 212; XXXIII, 212-215.

⁴⁹ BECCARIA 2009 [1764], VIII, 166.

⁵⁰ Nel manoscritto originario dei *Delitti*, leggiamo: «Gli attentati [...] contro la sicurezza de' cittadini sono uno de' maggiori delitti, e sotto questa classe cadono non solo i furti e gli assassinii, ma le *ingiustizie de' magistrati*, l'influenza delle quali agisce ad una maggiore distanza e con maggior vigore, distruggendo ne' sudditi le idee di giustizia e di dovere» (BECCARIA [«Prima redazione»] 1984, 153 [corsivo aggiunto]). Nel testo dato alle stampe (in seguito all'incisiva

azioni che ciascuno è obbligato dalle leggi di fare, o non fare, in vista del ben pubblico»⁵¹. Si tratta di una categoria dai contorni imprecisi, che Beccaria tratta sommariamente ricorrendo all'esemplificazione.

Al suo interno ritroviamo, innanzitutto, le condotte «che turbano la pubblica tranquillità e la quiete de' cittadini», come «gli strepiti e i bagordi nelle pubbliche vie destinate al commercio ed al passeggio [...]» o «i fanatici sermoni, che eccitano le facili passioni della curiosa moltitudine [...]»⁵². Sulla disciplina giuridica di questa classe di azioni, Beccaria appare incerto. In primo luogo, indica la strada della prevenzione non penale, proponendo il ricorso a un'eterogenea serie di «mezzi efficaci»: «La notte illuminata a pubbliche spese, le guardie distribuite ne' differenti quartieri delle città [etc.]»⁵³. Nella redazione manoscritta dell'opera, individua in un secondo momento le modalità punitive adeguate: «le azioni che offendono la tranquillità possono essere punite colla temporale privazione di libertà, quelle che offendono semplicemente le leggi colla la privazione di quel bene che si propone il contravventore e col fargli il male opposto»⁵⁴. L'eliminazione di questo brano nel testo stampato è spiegabile alla luce della sua incongruenza con la tesi espressa nel capoverso immediatamente successivo: «chi turba la tranquillità pubblica, chi non ubbidisce alle leggi [...] dev'essere escluso dalla società, cioè dev'essere bandito»⁵⁵. A quest'ultima direttiva sanzionatoria segue l'inclusione, in questo genere di delitti, del parassitismo sociale di chi «acquista senza giammai perdere»: implicitamente, Beccaria promuove la messa al bando degli ordini religiosi che, vivendo nell'«ozio politico», non contribuiscono «alla società né col travaglio, né colla ricchezza»⁵⁶.

Il gradino più alto della scala criminale disegnata da Beccaria è occupato dalle azioni che «distraggono immediatamente la società o chi la rappresenta»⁵⁷: i delitti da contrastare con «la massima pena»⁵⁸ poiché «più dannosi»⁵⁹ all'utilità comune. Malgrado tale posizionamento apicale, lo spazio del discorso che vien loro riservato è comparativamente il più limitato. Mentre i delitti contro la sicurezza dei privati sono trattati nei paragrafi VIII, IX, X, XX, XXII e XXIII; mentre i delitti di minore entità sono trattati nei paragrafi VIII, XI e XXIV; ai «massimi delitti»⁶⁰ è dedicato un solo capoverso del paragrafo VIII: una manciata di considerazioni generiche, allusive ed elusive. La reticenza, del resto, è perfettamente comprensibile: Beccaria si sta affacciando oltre le mura della città proibita della lesa maestà. Nel deprecarne l'eccessivo allargamento, egli non può certo permettersi di indicare puntualmente e affermare *apertis verbis* cosa dovrebbe restarne fuori. Ma le tesi normative implicite nell'argomentazione sono inequivocabili. La netta distinzione categoriale tra peccato e reato, connessa alle basi contrattualistiche della sua filosofia civile, comporta la radicale delegittimazione dei *crimina lesae maiestatis divinae*: sacrilegi, blasfemia, apostasia etc. sono estromessi dai fini mondani dell'ordine legale e dal dominio normativo del potere punitivo.

revisione di Pietro Verri), la locuzione «ingiustizie de' magistrati» è sostituita dalle parole «quelli ancora dei grandi e dei magistrati» (BECCARIA 2009 [1764], VIII, 168). Evidentemente, il pronome dimostrativo «quelli», rimandando a «i furti e gli assassinii», banalizza l'enunciato classificatorio: è del tutto ovvio che l'assassinio compiuto da un magistrato ricada nei delitti contro la sicurezza dei cittadini. La tesi normativa di Beccaria, invece, è più pregnante: rapportato alla distruzione delle «le idee di giustizia e di dovere», il riferimento generico alle «ingiustizie de' magistrati» evoca i reati specifici degli uomini di potere: corruzione, peculato, malversazione etc.

⁵¹ BECCARIA 2009 [1764], VIII, 166.

⁵² BECCARIA 2009 [1764], XI, 174.

⁵³ BECCARIA 2009 [1764], 176.

⁵⁴ BECCARIA [«Prima redazione»] 1984, 162.

⁵⁵ BECCARIA [«Prima redazione»] 1984, 162 (nel testo a stampa questo passaggio costituisce l'apertura del paragrafo XXIV)

⁵⁶ BECCARIA 2009 [1764], XXIV, 216.

⁵⁷ BECCARIA 2009 [1764], VIII, 166.

⁵⁸ BECCARIA 2009 [1764], VIII, 168.

⁵⁹ BECCARIA 2009 [1764], VIII, 166.

⁶⁰ BECCARIA 2009 [1764], VIII, 166.

La nozione di crimenlese è integralmente laicizzata: la *maiestas* che il diritto penale deve difendere dalle offese è solo quella umana. Tuttavia, neppure questa categoria – nella sua configurazione storico-giuridica – riceve l’approvazione di Beccaria. Con il verbo *distruggere*, con l’avverbio *immediatamente*, con i predicati *società* e *chi la rappresenta*, egli restringe drasticamente il campo denotativo della lesa maestà, esprimendo un’istanza di riforma orientata alla depenalizzazione: «La sola tirannia e l’ignoranza, che confondono i vocaboli e le idee più chiare, possono dar questo nome, e per conseguenza la massima pena, a’ delitti di differente natura»⁶¹.

Dopo aver identificato tre classi di azioni offensive, distinguendole in base al criterio del bene lesa e associandole a differenti tipi di pena, Beccaria discute altresì di singole figure di reato, come il fallimento doloso, assimilato alla falsificazione monetaria, e il contrabbando. Nel paragrafo in cui prende in considerazione le caratteristiche e la pena confacente a quest’ultimo, qualificandolo significativamente come «vero delitto»⁶² (per contrasto con il suicidio, la cui penalizzazione è delegittimata nel paragrafo immediatamente precedente⁶³), è possibile scorgere i lineamenti di una classe di crimini distinta tanto dalla lesa maestà quanto dalle offese alla sicurezza privata e alla tranquillità pubblica: le azioni che danneggiano il sovrano e la nazione senza mirare alla loro distruzione⁶⁴.

Nell’insieme delle azioni contemplate da Beccaria come meritevoli di punizioni non figurano quelle esaminate nel paragrafo sui delitti di prova difficile: l’adulterio, l’omosessualità e l’infanticidio. Eppure, nei *Delitti*, essi sono chiamati *delitti* al pari delle violenze e dei furti. Torniamo così a constatare l’oscillazione semantica già rilevata: Beccaria usa la parola *delitto* anche in riferimento ad azioni di cui non approva la proibizione penale. La sua perorazione della libertà di coscienza, ad esempio, si apre con questa evocazione dell’eresia: «Chiunque leggerà questo scritto accorgerassi che io ho omesso un genere di delitti che ha coperto l’Europa di sangue umano»⁶⁵. Delitto secondo il diritto positivo, l’eresia non è tale agli occhi di Beccaria: a coprire l’Europa di sangue non sono state le opinioni degli eretici, bensì la criminalizzazione di quelle e la repressione penale di questi (il vero delitto denunciato nella geniale antifrasi del paragrafo XXXIX). Ovviamente, il discorso sulle fattispecie catalogate come delitti di prova difficile non è assimilabile a quello concernente l’eresia. Se questa è una figura di reato che penalizza l’espressione di credenze religiose difformi dall’ortodossia della fede dominante, il tradimento delle fedeltà coniugale, i rapporti erotici tra persone di sesso maschile e l’infanticidio sono azioni materiali produttive di effetti. Ciò, tuttavia, non riduce l’agibilità della critica filosofica: è giusto che il potere politico proibisca e punisca atti di questo tipo?

Parte II. *Diritto penale e morale sessuale*

5. *Coordinate topografiche*

È semplice e lineare il paragrafo dedicato ai «Delitti di prova difficile» (XXXI). La sua costruzione paratattica, nettamente scandita sugli snodi tematici, non pone alcuna difficoltà di comprensione. I primi due capoversi, il cui bersaglio polemico sono le storture del sistema delle prove legali, costituiscono un ponte tra la questione procedurale trattata nel paragrafo precedente e la problematizzazione delle figure di reato connesse al controllo dei rapporti sessuali. È proprio la categoria dei delitti di prova difficile che consente questo slittamento discorsivo. Ad essa per-

⁶¹ BECCARIA 2009 [1764], VIII, 166.

⁶² BECCARIA 2009 [1764], XXIII, 262.

⁶³ Cfr. DELIA 2021.

⁶⁴ BECCARIA 2009 [1764], XXXIII, 262-265.

⁶⁵ BECCARIA 2009 [1764], XXXIX, 278.

tengono, infatti, l'adulterio, su cui vertono il terzo e il quarto capoverso, e l'omosessualità maschile, presa in considerazione nel quinto. Di seguito, nel sesto capoverso, Beccaria si occupa dell'infanticidio. Infine, egli conclude il discorso enunciando, nell'ultimo capoverso, un corollario del principio normativo di economia punitiva.

La collocazione del paragrafo all'interno dell'opera ci pone di fronte al problema della difformità tra il testo concepito da Beccaria e il testo dato alle stampe. Grazie alla magistrale edizione critica di Gianni Francioni, conosciamo l'ordine del discorso sviluppato nel manoscritto autografo di *Dei delitti e delle pene* (*rectius*, «Delle pene e delitti»: questo è il titolo del manoscritto)⁶⁶. Poche pagine introduttive sull'importanza della questione penale conducono a un primo capitolo, intitolato «Su che sia fondato il diritto del sovrano di punire i delitti». Successivamente, troviamo un secondo capitolo: «Della proporzione fra le pene i delitti». Da qui, il testo procede senza altre partizioni titolate. Tuttavia, come nota Francioni, è chiaramente individuabile un terzo blocco tematico, il cui inizio corrisponde alla riflessione sugli scopi della pena e la cui conclusione è esplicitamente rimarcata da Beccaria, nel momento in cui passa a discutere dei fattori culturali, politici e sociali della prevenzione dei delitti. Il testo, pertanto, risulta scandito in quattro parti⁶⁷.

Tra questo manoscritto e l'opera stampata, c'è il lavoro geniale di Verri⁶⁸, che, con l'autorevolezza del mentore e la sensibilità dello scrittore, rimodellò liberamente il testo, intervenendo sulla successione tematica e le sue partizioni: al posto di quattro corpose sezioni, tanti paragrafi snelli e affilati, resi ancor più attraenti dalla scelta di titoli brevi ed eloquenti. L'incisività, la nettezza, il ritmo percussivo dei *Delitti* sono indubbiamente il risultato di questa riorganizzazione, che ha trasformato un trattatello filosofico in un fiammeggiante *pamphlet* giuspolitico. La versione originale, tuttavia, è un documento imprescindibile del pensiero di Beccaria. Confrontarsi con essa, e tener conto del suo ordine logico, aiuta a comprenderlo meglio. La contestazione delle «false idee d'utilità» (LX), ad esempio, costituiva originariamente un momento della riflessione sulle proibizioni illegittime: agganciata alla polemica contro le pene criminogene (che ritroviamo alla fine del paragrafo VI), preludeva all'impiego della nozione di «utilità commune»⁶⁹ quale criterio di misurazione della gravità dei reati. Letta in questa sequenza logica, essa perde l'aspetto eccentrico della digressione filosofica *in limine operis* e diventa chiaramente comprensibile.

Ora, se ci limitiamo a considerare il testo stampato, la collocazione del paragrafo «Delitti di prova difficile» appare poco significativa (in quanto non fornisce indicazioni rilevanti all'attività interpretativa). Prima di esso compaiono «Della pena di morte» (XXVIII), «Della cattura» (XXIX), «Processi e prescrizioni» (XXX); poi «Suicidio» (XXXII), «Contrabbandi» (XXXIII) e «Debitori» (XXXIV): questioni, come si vede, alquanto disparate. Tuttavia, se cerchiamo nella prima redazione dell'opera la porzione di testo che Verri ha posto sotto il titolo «Delitti di prova difficile», troviamo che la sua collocazione è interessante e rivelatrice. Inserita nella terza parte, dopo la polemica contro la pena di morte e la tortura (che sono logicamente associate in ragione della loro crudeltà), essa costituisce l'apertura di una sezione tematica dedicata ad azioni proibite di cui Beccaria contesta la penalizzazione⁷⁰.

L'individuazione della *sedes materiae* è un elemento importante nell'interpretazione sistematica di un testo; e l'interpretazione sistematica è indispensabile alla comprensione di testi eterodossi pubblicati sotto un regime di repressione della libertà di opinione. «*De Deo parum, de rege nihil*»⁷¹: nello Stato assoluto e confessionale – conviene ricordarlo – la deontologia dell'obbedienza raccomanda al

⁶⁶ BECCARIA [«Prima redazione»] 1984, 135.

⁶⁷ FRANCONI 1984, 229-246.

⁶⁸ Icastica è l'immagine di Venturi secondo cui il libriccino di Beccaria porta «i segni del forcipe che lo trasse a vita, per mano dell'imperioso e puntiglioso Pietro Verri» (in BECCARIA 1965 [1764], IX).

⁶⁹ BECCARIA [«Prima redazione»] 1984, 149.

⁷⁰ Cfr. BECCARIA [«Prima redazione»] 1984, 179-182.

⁷¹ DE SANCTIS 1988 [1870], vol. 2, 135.

suddito di parlare con prudenza. Gli illuministi rigettano questo monito, mettendo in discussione l'indiscutibile: l'egemonia della religione e l'assetto del potere. La critica filosofica investe tutte le istituzioni, le gerarchie, le prassi, le convinzioni e i modelli di comportamento sprovvisti di giustificazione razionale. Ma lo spazio della critica non è un prato verde dove passeggiare liberamente. È un terreno pericoloso, interdetto e presidiato. Chi ha il coraggio di percorrerlo non può avanzare allo scoperto; deve sfruttarne gli anfratti, evitando i precipizi; deve sapere dove nascondersi e calcolare quando osare. La pagina scritta è il risultato di questi movimenti: per afferrarne il senso, occorre una visione topografica.

6. Antropologia dell'adulterio

Negli ultimi cinque capoversi dei «Delitti di prova difficile», Beccaria sviluppa un discorso antiproibizionista, che affronta in primo luogo il problema della disciplina penale dell'adulterio: delitto di lussuria, punito con sanzioni differenti a seconda del sesso e del ceto degli autori.

«[P]armi toutes les Nations raisonnables, l'adultère a toujours été regardé comme un crime odieux et punissable», constatava Claude Henrys (1615-1662) nella sua *Dissertation historique et légale sur le crime et la peine de l'adultère*⁷². Un secolo prima, nel trattato *De legibus connubialis et iure maritali*, André Tiraqueau (1480-1558) aveva compilato un'erudita rassegna delle modalità di «adulterij poena apud diversas gentes»: supplizi capitali, mutilazioni corporali, incapacitazioni giuridiche, umiliazioni pubbliche etc.⁷³ Il variegato campionario delle punizioni è aggiornato nella voce «Adultery» della *Cyclopaedia* di Ephraim Chambers (1680-1740); il quale, all'inizio del Settecento, registra la mitigazione della giurisprudenza penale in materia di relazioni extrconiugali⁷⁴. La scarsa effettività delle sanzioni è deprecata da Muyart de Vouglans⁷⁵, che – col solito zelo repressivo – insiste sulla gravità del crimine, ribadendo l'argomento tradizionalista del *consensus gentium*: «il a été puni dans tous les tems et dans toutes les Nations»⁷⁶.

A legittimare la criminalizzazione dell'adulterio, convergevano i principali formanti della cultura giuridica e del sistema penale d'Antico regime: la religione, con le sue sacre scritture; la dottrina del diritto naturale, con le sue certezze etico-cognitivistiche; il diritto romano, concepito come *ratio scripta*; il diritto canonico, matrice di regole e principi anche nei luoghi in cui l'autorità dei suoi testi era stata ripudiata. Un limpido specchio di questa composita ideologia della giustizia penale è la dissertazione di Henrys, in cui il richiamo alla legge divina, «qui doit être la règle de toutes les autres» e che «condamne les adultères à la mort»⁷⁷, si accompagna alla celebrazione della razionalità del diritto romano⁷⁸, base positiva del trattamento differenziato della donna adultera rispetto all'uomo. Alla Bibbia e al *Corpus iuris civilis* è parimenti ancorato il discorso di Muyart sull'adulterio, nel cui orizzonte giusnaturalistico la rivelazione e la ragione si compenetrano secondo le linee ortodosse del paradigma tomista⁷⁹.

È alla teologia di Tommaso, in effetti, che dobbiamo guardare per comprendere la sistemazione dogmatica dei delitti di lussuria e lo sfondo religioso della disciplina penale dei rapporti

⁷² HENRYS 1738.

⁷³ TIRAQUEAU 1546, XIII, 2-8, 103-106

⁷⁴ Cfr. CHAMBERS 1728, I, 37. (Al testo di Chambers attinge Diderot nella composizione della voce «Adultère» dell'*Encyclopédie*: Diderot 1751)

⁷⁵ Cfr. MUYART DE VOUGLANS 1757, 478 e 481.

⁷⁶ MUYART DE VOUGLANS 1757, p. 479.

⁷⁷ HENRYS 1738, 727, dove l'autore rinvia a Levitico 20,10 e Deuteronomio 22,22.

⁷⁸ «C'est avec raison que l'on appelle les Lois des Romains le Droit Civil, car outre qu'elles sont plus civiles que celles de toutes les autres Nations, elles sont plus étenduës et plus universelles. Ce peuple étoit né pour donner des Lois à toute la Terre. Dieu l'avoit choisi pour gouverner et pour instruire tous les autres peuples» (HENRYS 1738, 727).

⁷⁹ Cfr. MUYART DE VOUGLANS 1757, 478-482; MUYART DE VOUGLANS 1781, 197-202.

sessuali. Nelle architetture concettuali della *Summa Theologiae*, la lussuria figura come vizio contrario alla virtù cardinale della temperanza: precisamente, a quella dimensione specifica della temperanza che è la castità. Concernendo il piacere sessuale, che è il massimo piacere corporale, la lussuria costituisce un vizio capitale, cioè una cattiva inclinazione che induce alla commissione di vari atti peccaminosi⁸⁰. L'adulterio (trasgressione del dovere di fedeltà coniugale) rientra nel novero dei peccati generati dalla lussuria insieme alla fornicazione (sesso tra non coniugati), allo stupro (sesso con una ragazza vergine fuori dal matrimonio), al ratto (rapimento di una donna a scopo di libidine), all'incesto (sesso tra parenti o affini) e al peccato contro natura (ogni atto sessuale inidoneo alla procreazione)⁸¹. Tra tutti i peccati di lussuria, quest'ultimo è il più grave, poiché chi lo commette disattende il fine riproduttivo al quale è naturalmente ordinata la sessualità. Subito dopo si colloca l'incesto, che ripugna ai naturali sentimenti che si devono nutrire verso i congiunti. Vengono poi – in ordine di gravità decrescente – il ratto di sposa, l'adulterio, il ratto di vergine, lo stupro e la fornicazione: contravvenzioni ai dettami della retta ragione, che prescrive all'uomo di non commettere ingiustizie e di accudire i propri figli⁸².

È in forza di quest'ultimo precetto che anche l'accoppiamento consensuale tra persone libere, cioè la fornicazione, rientra nella classe dei peccati mortali, al pari di tutte le azioni contrarie alla vita dell'uomo. I rapporti sessuali sregolati, infatti, espongono l'eventuale prole al nocimento derivante dall'assenza delle cure paterne. L'unione stabile del maschio e della femmina è dunque necessaria al bene della specie umana. Pertanto, il matrimonio è un istituto di diritto naturale che le legge positiva deve regolare e tutelare⁸³. Ecco perché fuori dal matrimonio ogni atto sessuale è peccaminoso. Ecco perché il diritto penale confessionale modella le figure dei reati di lussuria: «depuis l'établissement de la Loi de Grace», esplicita Muyart, «tout commerce charnel avec autre qu'une Epouse légitime est devenu absolument illicite et prohibé»⁸⁴.

Rispetto agli altri atti illeciti compiuti per lussuria, l'adulterio presenta una specificità, che dipende dalle sue differenti combinazioni. Potendo essere commesso da un uomo sposato con una donna non sposata, da una donna sposata con un uomo non sposato, da un uomo sposato con una donna sposata, i suoi effetti dannosi si prestano a valutazioni distinte⁸⁵. Il tipo di adulterio che Tommaso considera più grave dello stupro è quello che coinvolge una donna sposata. La giustificazione di questa gerarchizzazione, infatti, è che possedere una vergine soggetta alla tutela paterna è ingiuria minore che possedere una donna «alterius potestatis subiecta ad usum generationis»⁸⁶. Nell'adulterio dell'uomo sposato con una donna non sposata, evidentemente, questo profilo di ingiustizia è assente: il bene offeso, oltre alla fedeltà coniugale, è la vita dei potenziali discendenti. Gli altri due tipi di relazione adulterina, invece, producono un disordine maggiore: in caso di procreazione, risultano danneggiati gli interessi dei figli legittimi dell'adultera e la sicurezza del marito rispetto alla paternità⁸⁷.

La discriminazione penale tra adulterio femminile e adulterio maschile, radicata nel diritto romano, deriva da valutazioni morali di questo genere. A fronte dell'equiparazione del marito adultero e della moglie adultera, egualmente colpevoli davanti a Dio secondo i canoni della Chiesa, la giurisprudenza d'antico regime accoglie ed esprime le ragioni del trattamento differenziato:

⁸⁰ Cfr. TOMMASO D'AQUINO 1985 [1265-1273], II-II, q. 153.

⁸¹ Cfr. TOMMASO D'AQUINO 1985 [1265-1273], II-II, q. 154.

⁸² Cfr. TOMMASO D'AQUINO 1985 [1265-1273], II-II, q. 154, a. 12.

⁸³ Cfr. TOMMASO D'AQUINO 1985 [1265-1273], II-II, q. 154, a. 2. co.

⁸⁴ MUYART DE VOUGLANS 1757, 490.

⁸⁵ «Questo delitto propriamente cade nella copula carnale, la quale segua con persone legate al vincolo del Matrimonio, cioè tra l'uomo, e la donna, ciascuno dei quali abbia moglie, o marito, o veramente tra l'uomo ammogliato, e la donna libera, o (all'incontro) tra l'uomo libero, e la donna maritata» (DE LUCA [1673] 1740, XV, II, 5, 60).

⁸⁶ TOMMASO D'AQUINO 1985 [1265-1273], II-II, q. 154, a. 12 co.

⁸⁷ Cfr. TOMMASO D'AQUINO 1985 [1265-1273], II-II, q. 154, a. 8 co.

Dans le for intérieur, un mari qui viole la foi conjugale, est coupable devant Dieu, mais il l'est moins devant les hommes, parce que son péché ne blesse point l'ordre de la société civile, ne trouble point le repos des familles, et ne change point l'ordre des successions; au lieu que l'infidélité de la femme introduit un enfant étranger dans la famille de son mari, qui ôte les biens aux véritables héritiers; ainsi l'adultère de la femme [...] est beaucoup plus criminel que celui que commet le mari, quand il a commerce avec une fille ou une veuve; car quand il pêche avec une femme mariée, son péché est égal à celui de la femme⁸⁸.

Se si considerano le inerenze dell'adulterio alla sfera del dominio sulle cose e del potere sulle persone all'interno della famiglia, da sempre concepita come società naturale, ben si comprende che la penalizzazione dell'adultera e del suo amante possa essere rappresentata come norma di diritto naturale: «le trouble que ce crime cause dans les Mariages, par le mélange et la confusion qu'il répand dans les Générations qui en proviennent l'ont toujours fait regarder comme des plus énorme, même dans la Loi de Nature»⁸⁹.

D'altronde, se teniamo conto che la depenalizzazione dell'adulterio femminile appartiene alla storia civile del XX secolo – e se ricordiamo che, nell'Europa delle democrazie, la Corte costituzionale di uno Stato repubblicano ha potuto legittimare quella discriminazione giuridica ritenendola conforme al principio di uguaglianza⁹⁰ –, non dobbiamo stupirci nel constatare che, duecento anni prima, la sua giustificazione etica era largamente condivisa anche tra i filosofi dell'Illuminismo.

Dal punto di vista di David Hume, la riprovazione morale, lo stigma sociale e la sanzione penale dell'infedeltà femminile sono garanzie della paternità necessarie all'ordine della società:

Men are induced to labour for the maintenance and education of their children, by the persuasion that they are really their own; and therefore it is reasonable, and even necessary, to give them some security in this particular⁹¹.

[...] Men have undoubtedly an implicit notion, that all these ideas of modesty and decency have a regard to generation; since they impose not the same laws, *with the same force*, on the male sex, where that reason takes not place.

[...] It is contrary to the interest of civil society, that men should have an entire liberty of indulging their appetites in venereal enjoyment: But as this interest is weaker than in the case of the female sex [...].

And to prove this we need only appeal to the practice and sentiments of all nations and ages⁹².

⁸⁸ HENRYS 1738, 741. Nel caso di adulterio commesso tra una donna maritata e un uomo di Chiesa, quest'ultimo era soggetto alla pena canonica della reclusione perpetua in carcere o in monastero: «sopra di che», punge De Luca, «l'eruditissimo Giurista Alciato va scherzando; che, se ciò si praticasse, molti pochi Preti, e Religiosi, si vedrebbero nelle Chiese, e per le Città» (DE LUCA 1740 [1673], XV, II, 5, 60)

⁸⁹ MUYART DE VOUGLANS 1757, 478.

⁹⁰ Cfr. la sentenza 64/1961 della Corte costituzionale della Repubblica italiana, dove – tra l'altro – si legge: «l'ordinamento giuridico positivo non può del tutto prescindere, e di fatto non prescinde, dalle valutazioni che si affermano, spesso imperiosamente, nella vita sociale. Ora, che la moglie conceda i suoi amplessi ad un estraneo è apparso al legislatore, in base, come si è detto, alla prevalente opinione, offesa più grave che non quella derivante dalla isolata infedeltà del marito. Al di fuori di ogni apprezzamento, che non spetta alla Corte di compiere, trattasi della constatazione di un fatto della vita sociale, di un dato della esperienza comune, cui il legislatore ha ritenuto di non poter derogare. Da solo esso è idoneo a costituire quella diversità di situazione che esclude ogni carattere arbitrario e illegittimo nella diversità di trattamento».

⁹¹ HUME 2007 [1739-1740], 365.

⁹² HUME 2007 [1739-1740], 366 (il corsivo è nel testo).

Montesquieu, il cui giusnaturalismo *sui generis* si esprime non di rado nei termini di un discorso conservatore⁹³, utilizza gli ingredienti della ricetta tradizionale per impastare la sinossi del pensiero dominante:

[...] les lois politiques et civiles de presque tous les peuples ont [...] demandé des femmes un degré de retenue et de continence, qu'elles n'exigent point des hommes; [...] parce que la femme, en violant les lois du mariage, sort de l'état de sa dépendance naturelle; parce que la nature a marqué l'infidélité des femmes par des signes certains, et que les enfants adultérins de la femme sont nécessairement au mari et à la charge du mari, au lieu que les enfants adultérins du mari ne sont pas à la femme, ni à la charge de la femme⁹⁴.

Rousseau assegna a una donna, Julie, il compito di tirare a lucido gli argomenti a favore della repressione dei rapporti extraconiugali, in un *climax* patetico che attraversa l'estasi di un'invocazione divina, per poi curvare nella refutazione infiammata dei discorsi che indulgono a sminuire la nequizia dell'adulterio:

Je veux être fidèle, parce que c'est le premier devoir qui lie la famille et toute la société. Je veux être chaste, parce que c'est la première vertu qui nourrit toutes les autres. Je veux tout ce qui se rapport à l'ordre de la nature qui tu as établie, et aux règles de la raison que je tiens de toi.⁹⁵

[...] Ce n'est pas seulement l'intérêt des époux, mais la cause commune de tous les hommes, que la pureté du mariage ne soit pas altérée [...]⁹⁶.

Si je considère mon sexe en particulier, que de maux j'aperçois dans ce désordre qu'ils prétendent ne faire aucun mal! Ne fût-ce que l'avilissement d'une femme coupable à qui la perte de l'honneur ôte bientôt toutes les autres vertus⁹⁷.

Con il vigore della sua indipendenza intellettuale e l'audacia anticonformista della sua giovinezza, Beccaria si sbarazza del peso di questo apparato discorsivo. Libero dall'eteronomia della religione, del diritto naturale e dell'opinione comune, egli sposta il discorso sull'adulterio dal piano deontico al piano fenomenico. Anziché valutare le ragioni del divieto, indaga i motivi della condotta vietata:

L'adulterio è un delitto che, considerato politicamente, ha la sua forza e la sua direzione da due cagioni: le leggi variabili degli uomini e quella fortissima attrazione che spinge l'un sesso verso l'altro. [...] Egli nasce dall'abuso di un bisogno costante ed universale a tutta l'umanità, bisogno anteriore, anzi fondatore della società medesima, laddove gli altri delitti distruttori di essa hanno un'origine più determinata da passioni momentanee che da un bisogno naturale⁹⁸.

La prospettiva esplicativa adottata da Beccaria è quella dell'eziologia comportamentale. Accanto al dato biologico dell'attrazione sessuale, egli individua, quale causa dei rapporti adulterini, il dato sociologico-giuridico delle «leggi variabili» create dagli uomini: «La fedeltà coniugale è sempre proporzionata al numero e alla libertà de' matrimoni. Dove gli ereditari pregiudizi gli reggono, dove la domestica potestà gli combina e gli scioglie, ivi la galanteria ne rompe secretamente i legami»⁹⁹. Dalla riflessione sui fatti erompe la critica delle norme: il bersaglio polemico è

⁹³ Cfr. IPPOLITO 2014, 96-103.

⁹⁴ MONTESQUIEU 2014 [1748], XXVI, 8, 1870.

⁹⁵ ROUSSEAU 1823 [1761], III, XVIII, 157

⁹⁶ ROUSSEAU 1823 [1761], III, XVIII, 162.

⁹⁷ ROUSSEAU 1823 [1761], III, XVIII, 164.

⁹⁸ BECCARIA 2009 [1764], XXXI, 252.

⁹⁹ BECCARIA 2009 [1764], XXXI, 252.

l'impianto patriarcale del diritto di famiglia (al cui autoritarismo Beccaria si era ribellato scegliendo una sposa non gradita al padre). Sono le leggi civili, non le proibizioni penali, a incidere sul comportamento sessuale dei coniugi. Per contenere il fenomeno dell'adulterio, dunque, occorre immunizzare le scelte matrimoniali dei figli dal potere costrittivo dei padri.

Attraverso il diritto penale, invece, l'obiettivo non è raggiungibile. Il ragionamento di Beccaria si impernia su un'osservazione psicologica: «Ella è proprietà della nostra immaginazione che le difficoltà, se non sono insormontabili [...] eccitano più vivamente l'immaginazione ed ingrandiscono l'oggetto»¹⁰⁰. Nella scienza della legislazione questa consapevolezza si traduce in una regola generale «in ogni delitto che per sua natura dev'essere il più delle volte impunito, la pena diviene un incentivo»¹⁰¹. Il sesso extraconiugale rientra in questa classe: la legge penale anziché frenarlo, lo stimola. L'oggetto – cioè la persona desiderata – attrae; la difficoltà – cioè il divieto legale – è tutt'altro che insormontabile (essendo la pena altamente improbabile); di conseguenza, la minaccia del legislatore aumenta la forza attrattiva dell'oggetto.

La delegittimazione del delitto di adulterio, benché implicita, è inequivocabile: poiché le punizioni legali si giustificano come mezzo di prevenzione dei delitti, una legge penale che produce l'effetto contrario al suo fine è ingiustificabile. Così, l'utilitarismo di Beccaria restringe ulteriormente la sfera delle proibizioni legittime. Solo le azioni che danneggiano la società possono essere punite, ma non tutte le azioni che danneggiano la società devono essere punite. Le azioni dannose che non possono essere scoraggiate attraverso la minaccia della pena, non devono essere disciplinate dalla legge penale¹⁰².

7. *Lo stigma di Sodoma*

Il secondo tipo di atto illecito preso in esame nel paragrafo XXXI è l'omosessualità maschile: peccato che esclude dal regno dei cieli; delitto che esclude dal mondo degli uomini. Anche in questo caso, risalta la coesione profonda tra i sistemi normativi che disciplinano la società d'antico regime: «Lex naturalis damnat illum vitium», scrive Jacques Desombes nella sua *Moralis Christiana*; «Lex Mosaica morti addixit sodomitas»; «Lex Evangelica impuros illos homines Caelorum Regno privat»; «Lex civilis eos flammit addicit»¹⁰³.

Nella teologia di Tommaso, i rapporti omosessuali ricadono nella peggior specie di lussuria: il peccato contro natura, ossia il godimento dei piaceri venerei attraverso atti che non consentono la procreazione. A questa composita categoria appartengono – in ordine crescente di gravità –, l'autoerotismo, la masturbazione di coppia e i rapporti oro-genitali, i rapporti anali eterosessuali, i rapporti omosessuali maschili e femminili, l'accoppiamento con animali. Sulla base della legge rivelata, tutta la tradizione cristiana – da Paolo di Tarso ai padri della Chiesa – esecra questi atti come offese contro Dio, creatore della natura¹⁰⁴.

La matrice religiosa del divieto penale di relazioni omosessuali è trasparente sin dal *nomen criminis*: delitto contro natura (specularmente alla classificazione teologica) o sodomia (con riferimento antonomastico al racconto biblico). Come il corrispondente peccato, il delitto contro natura comprende diverse specie. La giurisprudenza di diritto comune lo definisce per denotazione, oscillando tra l'inclusione e l'esclusione delle figure estreme: la bestialità e la masturbazione solitaria. Vi rientrano i rapporti eterosessuali «fuor del vaso naturale»¹⁰⁵ e ogni «atto vene-

¹⁰⁰ BECCARIA 2009 [1764], XXXI, 254.

¹⁰¹ BECCARIA 2009 [1764], XXXI, 254.

¹⁰² Questo principio metalegislativo è espresso con chiarezza in BECCARIA 2009 [1764], XXXII, 256-258.

¹⁰³ DESOMBES 1745, XIII, V, 381-382.

¹⁰⁴ Cfr. TOMMASO D'AQUINO 1985 [1265-1273], II-II, q. 154, aa. 11-12.

¹⁰⁵ SAVELLI 1733, 7, 318.

reo» compiuto fra donne, «sfricandosi, o con qualche stromento materiale»¹⁰⁶. Il caso tipico, comunque, è la congiunzione carnale tra uomini: «Sodomia propriamente si dice quella che si commette tra maschi, nominata così dalla nefandissima città di Sodoma»¹⁰⁷. Oltre che nel nome, la dimensione religiosa della criminalizzazione dell'omoerotismo si palesa chiaramente nella simbologia della pena: l'ira divina distrusse Sodoma col fuoco, la giustizia umana brucia gli omosessuali sul rogo.

Comprensibilmente, l'irrogazione della pena comminata dalla legge era episodica. «Sebbene nella fama, e nell'opinione del Mondo», scrive De Luca «questo delitto sia frequente, più, o meno, secondo la diversità dei secoli, e de' paesi», la rarità delle denunce e la difficoltà della prova comportava la scarsa effettività della sanzione. Negli sporadici processi in materia, istruiti soprattutto contro «gente plebea», che «inavvedutamente, e senza cautela alcuna» compiva «queste sporchezze», i giudici solevano «portare minor castigo nel paziente, che nell'agente», risparmiando al primo la «pena ordinaria, per l'età tenera, o minore, soggetta a questo delitto»¹⁰⁸.

Prima di Beccaria, a porre in discussione la disciplina penale dell'omosessualità maschile era stato Montesquieu. Con le distinzioni prudenziali di rito, il «delitto contro natura»¹⁰⁹ è da lui esaminato in un apposito capitolo dell'*Esprit des lois* sotto tre punti di vista: processuale, punitivo e preventivo. In primo luogo, egli segnala i rischi connessi alle modalità del suo accertamento probatorio: la deroga al principio *unus testis nullus testis* espone l'innocenza alla calunnia. In secondo luogo, critica implicitamente la modalità punitiva vigente: una violazione dei costumi non giustifica la pena di morte. In terzo luogo, argomenta che per contenere la devianza dalla norma eterosessuale, ch'egli considera naturale, è sufficiente incidere sulle consuetudini sociali e le situazioni relazionali che la occasionano (come le pratiche ginniche della Grecia antica e le istituzioni pedagogiche moderne).

Il riverbero di questa pagina di Montesquieu si avverte chiaramente nel paragrafo XXXI dei *Delitti*. Beccaria, però, avanza in autonomia:

L'attica venire così severamente punita dalle leggi e così facilmente sottoposta ai tormenti vincitori dell'innocenza ha meno il suo fondamento su i bisogni dell'uomo isolato e libero che sulle passioni dell'uomo sociale e schiavo. Essa prende la sua forza non tanto dalla sazietà dei piaceri, quanto da quella educazione che comincia per rendere gli uomini inutili a se stessi per fargli utili ad altri, in quelle case dove si condensa l'ardente gioventù, dove essendovi un argine insormontabile a ogni altro commercio, tutto il vigore della natura che si sviluppa si consuma inutilmente per l'umanità, anzi ne anticipa la vecchiaia¹¹⁰.

L'immagine della giovinezza che prefigura la vecchiaia è tratta dall'*Esprit des Lois*. Ma Beccaria la ripulisce dall'aggettivazione spregiativa attraverso cui Montesquieu aveva reso omaggio alla *damnatio* tradizionale dell'amore omosessuale¹¹¹. Se in luogo della riprovazione morale emerga un sentimento di umanità è questione opinabile, pertinente più alla critica letteraria che non all'analisi filosofica. Comunque sia, l'alterità del discorso di Beccaria non si misura nelle sfumature di tono. L'aspetto che importa rilevare è che la qualificazione giuridica dell'omosessualità scompare. Non è l'assenza della parola *delitto* che si vuol sottolineare, bensì un dato concettual-

¹⁰⁶ SAVELLI 1733, 7, 318.

¹⁰⁷ SAVELLI 1733, 7, 317. Nell'illustrare la disciplina penale delle diverse forme di sodomia, Savelli attinge alle opere di Giulio Claro, Giacomo Menochio, Domenico Toschi e Prospero Farinacci.

¹⁰⁸ DE LUCA 1740 [1673], XV, II, 5, 166-167.

¹⁰⁹ MONTESQUIEU 2014 [1748], XII, 5, 1291.

¹¹⁰ BECCARIA 2009 [1764], XXXI, 254.

¹¹¹ «Il faudroit le proscrire, quand il ne feroit que donner à un sexe les foiblesses de l'autre, et préparer à une *veillesse infame* par une *jeunesse honteuse*» (MONTESQUIEU 2014 [1748], XII, 5, 1290. Il corsivo è aggiunto).

mente più pregnante. Alieno dalla fede nel diritto di natura, Beccaria non si piega al dogma biologico del delitto contro natura. La sua antropologia utilitarista lo emancipa dalla teologia secolare del giusnaturalismo. L'omosessualità è riguardata come fatto sociale e non come aberrazione da una norma naturale.

«Attica venere», «greca libidine»¹¹²: sono queste le inusuali antonomasie con cui Beccaria libera il discorso sull'omosessualità tanto dalla gabbia del delitto contro natura quanto dallo stigma del nome *sodomia*. È una scelta lessicale carica di significato. Al sacro subentra il profano; alla narrazione biblica la storia umana; all'assolutezza della volontà divina la relatività della cultura; all'evocazione della città dannata quella di una civiltà imperitura; all'immagine inquietante della folla violenta che minaccia la casa di Lot, quella serena di un simposio nell'Atene di Socrate. Beccaria combatte l'egemonia culturale della religione finanche sul piano linguistico. L'omosessualità è sottratta alla rappresentazione confessionale. *Silete theologi in munere alieno*: consentaneo al precetto di Alberico Gentili¹¹³, Beccaria colpisce il principale contrafforte ideologico della criminalizzazione degli uomini che amano gli uomini.

«In Beccaria non appariva neppure il germe di un ribelle; non era uomo di molto coraggio»¹¹⁴, ha scritto – insistendo su un luogo comune – un grande giurista italiano. Ma è bene non dimenticare il sapido avvertimento di Orazio: talvolta anche i grandi sonnacchiano¹¹⁵.

8. Madri che uccidono i figli

Dopo aver rimarcato, à *mots couverts*, il legame tra i seminari ecclesiastici e le iniziazioni omosessuali, Beccaria passa a discutere problematicamente di un'altra azione punita dal diritto vigente:

L'infanticidio è parimenti l'effetto di una inevitabile contraddizione, in cui è posta una persona che per debolezza o per violenza abbia ceduto. Chi trovasi tra l'infamia e la morte di un essere incapace di sentirne i mali, come non preferirà questa alla miseria infallibile a cui sarebbero esposti ella e l'infelice frutto? La migliore maniera di prevenire questo delitto sarebbe di proteggere con leggi efficaci la debolezza contro la tirannia, la quale esagera i vizi che non possono coprirsi del manto della virtù.

Alcuni tra i più autorevoli studiosi dei *Delitti* ipotizzano che l'oggetto di queste osservazioni sia la criminalizzazione del procurato aborto. Il riferimento a un essere incapace di sentire i mali della morte indirizza verso questa interpretazione. La sensibilità del lettore odierno spinge nella medesima direzione. Tuttavia, leggendo il testo della prima redazione dell'opera, scopriamo una diversa immagine della vittima del delitto in questione. Con i colori caldi dell'empatia, Beccaria rappresenta la situazione della donna «costretta a scegliere tra l'infamia e la schiavitù, che la rende infelice per tutta la vita, e la crudeltà su di un essere incapace di sentire i mali della morte, più prodotti

¹¹² BECCARIA 2009 [1764], XXXI, 250. Troviamo ipotesi interessanti sulla genealogia di queste espressioni nel bel saggio di Mazza 2021, 238-247.

¹¹³ GENTILI 1598, I, XII, 92.

¹¹⁴ JEMOLO 1981, 6.

¹¹⁵ Un anno dopo la pubblicazione dei *Delitti*, giunse a termine la grande impresa editoriale dell'*Encyclopédie*. Il quindicesimo tomo comprende la voce «Sodomie». L'autore non è un esponente d'avanguardia del movimento dei Lumi, ma il giurista Boucher d'Argis. Ai suoi contributi lessicografici in materia giuridica (meramente illustrativi del diritto positivo), Diderot affiancava spesso il controcanto di Louis de Jaucourt, per dare espressione al punto di vista riformatore della *philosophie* (cfr. DELIA 2015). All'articolo «Sodomie», tuttavia, non segue alcuna disamina critica. La parola stigmatizzante è associata a un significato eloquente: «crime de ceux qui commettent des impuretés contraires même à l'ordre de la nature» (BOUCHER D'ARGIS 1765, 266). A venticinque anni, Beccaria ebbe il coraggio di pensare diversamente: sfidare l'ortodossia è un atto di ribellione.

dal raziocinio che dai sensi, e che sarebbe esposto alla miseria e alle ingiurie da quelle persone stesse che dovrebbero aiutarlo»¹¹⁶. L'inciso è eloquente: l'assenza di sofferenza per la fine della vita non è messa in relazione all'insensibilità al dolore, bensì al difetto di coscienza razionale. Non possiamo escludere, dunque, che Beccaria stia parlando del neonato. Per giunta, in una nota del manoscritto originale troviamo il seguente *pro memoria*: «aborti, infanticidi, adulteri: occulti, difficili»¹¹⁷. Evidentemente, con le parole *aborto* e *infanticidio* Beccaria non denota la medesima classe di azioni. Del resto, negli ordinamenti giuridici dell'età del diritto comune, il sistema dei reati distingue l'*abortum* (che riguarda il feto) dall'*infanticidium* (il cui caso tipico è la soppressione del neonato da parte della madre). Nei trattati di diritto penale, questi delitti sono correlati in un rapporto di genere a specie: l'aborto è una specie di infanticidio e l'infanticidio è una specie di omicidio. Non c'è ragione, dunque, per sostenere un'interpretazione restrittiva del brano appena citato: le considerazioni di Beccaria riguardano le madri che dopo il parto uccidono i figli; *a fortiori* valgono per le interruzioni volontarie di gravidanza.

In una società patriarcale, in cui la morale positiva è determinata da una religione fortemente repressiva, in cui il sesso non coniugale è censurato come peccato ed è punito come reato, in cui le donne sono assoggettate al dominio dei padri e dei mariti, diventare madri senza essere mogli significa precipitare nel disonore e nella povertà; comporta l'umiliazione e l'emarginazione; espone a un'esistenza precaria e degradata. L'infanticidio è il reato delle ragazze nubili e delle giovani vedove la cui gravidanza illecita non trova riparazione nel matrimonio: donne sedotte e abbandonate; o vittime di violenza; o prede dell'arroganza di un padrone¹¹⁸. È su questa realtà che vertono le considerazioni di Beccaria: nell'avversare la punizione delle infanticide, egli protesta contro l'ordine sociale, morale e legale di cui l'infanticidio è il precipitato. La richiesta di «proteggere con leggi efficaci la debolezza contro la tirannia» è una denuncia del dispotismo domestico e un'istanza di trasformazione della condizione giuridica della donna¹¹⁹.

La radicalità della critica di Beccaria si manifesta appieno nell'ultimo capoverso del paragrafo, che retrospettivamente illumina tutti i passaggi del discorso, attraverso l'enunciazione di un principio di politica del diritto e di giustizia della pena.

Io non pretendo diminuire il giusto orrore che meritano questi delitti; ma, indicandone le sorgenti, mi credo in diritto di cavarne una conseguenza generale, cioè che non si può chiamare giusta (il che vuol dire necessaria) una pena di un delitto, finché la legge non ha adoperato il miglior mezzo possibile nelle date circostanza d'una nazione per prevenirlo¹²⁰.

¹¹⁶ BECCARIA [«Prima redazione»] 1984, 181-182.

¹¹⁷ BECCARIA [«Prima redazione»] 1984, 177.

¹¹⁸ Cfr. MATTHEWS GRIECO 1991.

¹¹⁹ Le considerazioni di Beccaria sull'infanticidio trovano sviluppo in una vibrante pagina di Bentham: «Les lois contre ce délit, sous prétexte d'humanité, en ont été la violation la plus manifeste. Comparez les deux maux, celui du crime et celui de la peine. Quel est le crime? ce qu'on appelle improprement la mort d'un enfant qui a cessé d'être avant d'avoir connu l'existence, dont l'issue ne peut pas exciter la plus légère inquiétude dans l'imagination la plus craintive, et qui ne peut laisser des regrets qu'à celle même qui, par un sentiment de pudeur et de pitié, a refusé de prolonger des jours commencés sous de malheureux auspices; et quelle est la peine? on inflige un supplice barbare, une mort ignominieuse à une malheureuse mère dont le délit même prouve l'excessive sensibilité, à une femme égarée par le désespoir, qui n'a fait de mal qu'à elle seule en se refusant au plus doux instinct de la nature: on la dévoue à l'infamie, parce qu'elle a trop redouté la honte, et on empoisonne, par l'opprobre et la douleur, l'existence des amis qui lui survivent! Et si le législateur était lui-même la première cause du mal, si on pouvait le considérer comme le vrai meurtrier de ces créatures innocentes, combien sa rigueur paraîtrait plus odieuse encore! C'est pourtant lui seul qui, en sévissant contre une fragilité si digne d'indulgence, a excité ce combat déchirant dans le cœur d'une mère entre la tendresse et la honte» (BENTHAM [1829] 1830, I, XIII, 48-49).

¹²⁰ BECCARIA 2009 [1764], XXXI, 254-257.

Sapevamo già che le azioni non offensive non devono essere criminalizzate. Sapevamo anche che le azioni offensive non suscettibili di prevenzione penale non devono essere criminalizzate. Ora apprendiamo che nemmeno le azioni offensive suscettibili di prevenzione non penale devono essere criminalizzate. Si tratta di un principio metalegislativo – di sussidiarietà del diritto penale – che deriva dalle premesse assiologiche del contrattualismo di Beccaria. Stipulando il patto sociale, abbiamo accettato la pena come male necessario. Ma il male penale accettabile è solo quello necessario a proteggerci da mali più grandi: quelli causati dalle azioni offensive. Quando la legge penale non è necessaria a proteggerci da un certo tipo di azione (poiché è possibile adoperare altri strumenti di prevenzione), essa produce un male privo di giustificazione¹²¹.

Con questa tesi Beccaria arricchisce l'arsenale argomentativo della battaglia per la decriminalizzazione e introduce un nuovo criterio di valutazione dell'esercizio del potere punitivo. Contro la scorciatoia del panpenalismo, che in realtà è un vicolo cieco, egli afferma un'idea di giustizia esigente e liberale, in cui l'intervento penale non è un rimedio legittimo alle carenze della politica sociale. «La società punitiva»¹²², a ben vedere, è lontanissima dal «progetto giuridico» di Beccaria¹²³.

¹²¹ Cfr. AUDEGEAN 2014.

¹²² Cfr. FOUCAULT [1972-1973] 2013.

¹²³ Cfr. COSTA 1974.

Riferimenti bibliografici

- AUDEGEAN Ph. 2010. *La philosophie de Beccaria. Savoir punir, savoir écrire, savoir produire*, Vrin.
- AUDEGEAN Ph. 2014. “*Dei delitti e delle pene*”: significato e genesi di un pamphlet giuspolitico, in IPPOLITO D. (ed.), *La libertà attraverso il diritto. Illuminismo giuridico e questione penale*, Editoriale Scientifica, 71-92.
- AUDEGEAN Ph. 2015. *Beccaria et la naissance de la prison*, in «L'Irascible» [*Prison et droit. Visages de la peine*, a cura di L. DELIA], 5, 2015, 47-68.
- AUDEGEAN Ph. 2016. *Correggere e punire. Beccaria e la funzione rieducativa delle pene*, in FERRONE V., RECUPERATI G. (eds.), *Il caso Beccaria*, il Mulino, 61-86.
- AUDEGEAN Ph. 2019. *Droit naturel et droit à la vie. Beccaria lecteur de Hobbes*, in «Diciottesimo secolo», 4, 2019, 33-45.
- AUDEGEAN Ph. 2021. *Utilitarismo e umanitarismo in Cesare Beccaria*, in COSPITO G., MAZZA E. (eds.), *Nell'officina dei Lumi. Studi in onore di Gianni Francioni*, Ibis, 163-178.
- AUDEGEAN Ph. et al. (eds.), 2017. *Le bonheur du plus grand nombre. Beccaria et les Lumières*, École Normale Supérieure Éditions.
- AUDEGEAN Ph., DELIA L. (eds.), 2018. *Le Moment Beccaria. Naissance du droit pénal moderne (1764-1810)*, Oxford University Studies in the Enlightenment.
- BECCARIA C. 1965. *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. VENTURI, Einaudi (1764).
- BECCARIA C. 1984. «Prima redazione», in Id., *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. FRANCONI, in *Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria*, diretta da L. FIRPO, Mediobanca, vol. 1, 135-199.
- BECCARIA C. 2009. *Des délits et des peines. Dei delitti e delle pene*, a cura di Ph. AUDEGEAN, ENS Éditions (1764).
- BENTHAM J. 1830. *Principes du code penal*. In Id., *Traité de législation civil et pénale*, a cura di É. DUMONT, Renouard, vol. 2 (1829).
- BOUCHER D'ARGIS A.G. 1765, *Sodomie (Gram. & Jurisprud.)*, in *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Samuel Faulche, vol. 15.
- CALAMANDREI P. 2019. *Inchiesta sulle carceri e la tortura (dal resoconto dei discorsi pronunciati alla Camera dei deputati della Repubblica italiana nella seduta del 27 ottobre 1948)*, in GONNELLA P., IPPOLITO D. (eds.), *Bisogna aver visto. Il carcere nella riflessione degli antifascisti*, Edizioni dell'Asino, pp. 204-218 (1948).
- CATTANEO M.A. 1976. *Delitto e pena nel pensiero di Christian Thomasius*, Giuffrè.
- CHAMBERS E. 1728. *Adultery*, in *Cyclopaedia: or, An Universal Dictionary of Arts and Sciences [...]*, James and John Knapton [...], vol. 1.
- CHARRITHERS D. W. 1997. *La philosophie pénale de Montesquieu*, in «Revue Montesquieu», 1, 1997, 39-63.
- CORDERO F. 1978. *Diritto*, in *Enciclopedia*, Einaudi, vol. 4, 895-1003.
- COSTA P. 1974. *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, Giuffrè.
- COSTA P. 2014. *Beccaria e la filosofia della pena*, in DAVIS R., TINCANI P. (eds.), *Un fortunato libriccino. L'attualità di Cesare Beccaria*, Edizioni L'Ornitorinco, 33-50.
- COSTA P. 2015. *Lo “ius vitae ac necis” alla prova: Cesare Beccaria e la tradizione contrattualistica*, in «Quaderni Fiorentini», 44, 2015, 917-895.
- DE LUCA G.B. 1740. *Il Dottor Volgare ovvero il compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale e municipale nelle cose più ricevute in pratica*, Fenzo (1673).

- DE SANCTIS F. 1988. *Storia della letteratura italiana*, Casini (1870).
- DELIA L. 2015. *Droit et philosophie à la lumière de l'Encyclopédie*, Oxford University Studies in the Enlightenment.
- DELIA L. 2021. "Un délit qui ne semble pas pouvoir admettre une peine", in «Dix-Huitième Siècle», 53, 2021, 699-709.
- DESOMBES J. 1745. *Moralis Christiana ex Scriptura Sacra, Traditione, Conciliis, Patribus, et Insignioribus Theologis excerpta*, Occhi.
- DIDEROT D. 1751. *Adultère (Morale)*, in *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Briasson, David, Le Breton, Durand, vol. 1.
- GROFFIER E. 2011. *Crier et qu'on crie! Voltaire et la justice pénale*, Presses de l'Université Laval.
- FACCHINEI F. 1765. *Note ed osservazioni sul libro intitolato Dei delitti e delle pene*, s.e. [Zatta].
- FOUCAULT M. 2013. *La société punitive*, a cura di F. EWALD, A. FONTANA et B.E. HARCOURT, Seuil-Gallimard (1972-1973).
- FRANCIONI G. 1984. *Nota al testo*, in BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. FRANCIONI, in *Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria*, diretta da L. FIRPO, Mediobanca, vol. 1, 215-368.
- FRANCIONI G. 2016. *Ius e potestas. Beccaria e la pena di morte*, in *Beccaria. Revue d'histoire du droit de punir*, 2, 2016, 13-49.
- GENTILI A. 1598. *De iure belli*, Guglielmo Antonio.
- HENRYS C. 1738. *Dissertation historique et légale sur le crime et la peine de l'adultère*, in Id., *Oeuvres*, Brunet, vol. III.
- HUME D. 2007. *A Treatise of Human Nature*, a cura di D. FATE NORTON e M. J. NORTON, Clarendon Press (1739-1740).
- HUNTER I. 2007. *The Secularisation of the Confessional State. The Political Thought of Christian Thomasius*, Cambridge University Press.
- IMBRUGLIA G. 2017. *Beccaria, l'opinion publique et Diderot. À propos de la contrebande dans Des délits et des peines*, in *Le bonheur du plus grand nombre. Beccaria et les Lumières*, a cura di Ph. AUDEGEAN et al., École Normale Supérieure Éditions, 155-176.
- IPPOLITO D. 2014. *Montesquieu et le droit naturel*, in (Re)Lire l'Esprit des Lois, a cura di C. VOLPI-LHAC-AUGER e L. DELIA, Publications de la Sorbonne, 83-103.
- IPPOLITO D. 2019. *L'esprit des droits. Montesquieu et le pouvoir de punir*, pref. di M. RUEFF, trad. di Ph. AUDEGEAN, École Normale Supérieure Éditions.
- IPPOLITO D. 2022a. *La società degli individui. Beccaria filosofo contrattualista*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 1, 2022, 103-117.
- IPPOLITO D. 2022b. *La libertad como artificio jurídico. Sobre la filosofía de Beccaria*, in «Jueces para la democracia», 103, 2022, 70-80.
- JEMOLO A.C. 1981. *Introduzione a C. Beccaria, Dei delitti e delle pene (1964)*, BUR.
- JOUSSE D. 1771. *Traité de la justice criminelle de France*, Debure, vol. 3.
- LARDIZÁBAL Y URIBE M. 2001. *Discurso sobre las penas*, a cura di A. MORENO MENGÍBAR, Universidad de Cádiz (1782).
- LE PELETIER L.-M. 1791. *Rapport sur le projet de code pénal fait au nom des comités de Constitution et de législation criminelle*, in «Archives parlementaires», t. XXVI [23 maggio 1791].
- MATTHEWS GRIECO S.F. 1991. *Corpo, aspetto e sessualità*, in *Storia delle donne dal rinascimento all'età moderna*, a cura di N. ZAMON DAVIS e A. FARGE, Laterza.

- MAZZA E. 2021. "L'esercizio del giorno e la meditazione della notte". *Beccaria e la metafisica di Hume*, in *Nell'officina dei Lumi. Studi in onore di Gianni Francioni*, a cura di G. COSPITO e E. MAZZA, Ibis, 217-248.
- MONTESQUIEU Ch.-L. 2014. *Lo Spirito delle leggi*, In Id., *Tutte le opere [1721-1754]*, a cura di D. FELICE [con testo francese a fronte], Bompiani (1748).
- MUYART DE VOUGLANS P.-F. 1757. *Institutes au droit criminel [...]*, Le Breton.
- MUYART DE VOUGLANS P.-F. 1767. *Réfutation du Traité des Délits et des peines*, s.e.
- MUYART DE VOUGLANS P.-F. 1781. *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, Société typographique.
- MUYART DE VOUGLANS P.-F. 1785. *Lettre sur le système de l'auteur de L'Esprit des lois touchant la Modération des Peines*, s.e.
- POCOCK J.G.A. 1975. *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton University Press.
- PORRET M. 1997. *Les 'lois doivent tendre à la rigueur plutôt qu'à l'indulgence'*. *Muyart de Vouglans versus Montesquieu*, in «Revue Montesquieu», 1, 1997, 65-76.
- PORRET M. 2003. *Beccaria. Le droit de punir*, Michalon.
- RODOTÀ S. 2003. *Proprietà: una parola controversa*, in «Parolechiave», 30, 2003, 1-12.
- ROUSSEAU J.-J. 1823. *Julie, ou la Nouvelle Heloïse*, Dabo (1761).
- SAVELLI M.A. 1733. *Pratica universale [...]*, Monti.
- SBRICCOLI M. 1974. *Crimen lesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Giuffrè.
- SCHUMPETER J.A. 1975. *Capitalism, Socialism and Democracy*, Harper (1942).
- SPECTOR C. 2012. *Souveraineté et raison d'État. Du crime de lèse-majesté dans L'Esprit des lois*, in «Lumières» [*Penser la peine à l'âge des Lumières*, a cura di L. DELIA et G. RADICA], 20, 2012, 55-72.
- TARELLO G. 1997. *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, il Mulino (1976).
- TIRAQUEAU A. 1546. *De legibus connubialis et iure maritali*, Odoëum Parvum.
- TOMMASO D'AQUINO 1985. *Somme théologique*, a cura di A. RAULIN e A.-M. ROGUER, Cerf (1265-1273).

(IN)GIUSTIZIA ANIMALE: IL CASO DELLE SPECIE SELVATICHE

CHIARA **MAGNESCHI**



(In)giustizia animale:
il caso delle specie selvatiche

Animal (in)justice:
the case of wild species

CHIARA MAGNESCHI

Docente a contratto in *Teorie giuridiche e politiche e diritti umani* nel Dipartimento di Civiltà e Forme del Sapere dell'Università di Pisa.

E-mail: chiara.magneschi@jus.unipi.it

ABSTRACT

A partire dal fenomeno dei sempre più frequenti incontri/scontri tra specie selvatiche ed esseri umani, l'articolo si propone di indagarne le possibili eziologie giuridiche. Viene analizzata la modalità inclusiva di alcune specie selvatiche nell'ordinamento italiano, mettendo in luce come essa sia funzionale, da un lato, a promuovere la loro protezione, e, dall'altro lato, attraverso l'applicazione di categorie giuridiche tipicamente *umane* all'animale, a reprimere e punire la loro stessa natura.

Starting from the phenomenon of increasingly frequent encounters/clashes between wild species and humans, the paper aims to investigate the possible legal etiologies of it. It analyzes the modalities of inclusion of some wild species in the Italian legal system, highlighting how it is functional, on the one hand, to promote the protection of them, and, on the other hand, through the application of human legal categories to animal, to repress and punish their nature.

KEYWORDS

Diritti animali, legge, umani, specie selvatiche, natura

Animal rights, Law, Humans, Wild species, Nature

(In)giustizia animale: il caso delle specie selvatiche

CHIARA MAGNESCHI

1. *Introduzione* – 2. *Animali selvatici: i nuovi protagonisti delle cronache nere* – 3. *La protezione del diritto: questioni di vita e di morte* – 4. *La finzione del diritto: orsi come persone... e “persone” senza diritti* – 5. *Ipotesi di tutela: diritti umani e animali selvatici* – 6. *Riflessioni conclusive*.

1. *Introduzione*

Negli ultimi decenni è cresciuto il dibattito sulla relazione tra animali umani ed animali non umani¹, e con esso la sensibilità verso il benessere di questi ultimi². Sono fiorite correnti di pensiero multiformi, come quelle che riconoscono ad essi “uno statuto morale autonomo”³, o “l’interesse fondamentale a non soffrire”⁴, e che, più in generale, hanno iniziato a mettere in discussione la logica antropocentrica che fa da sfondo ad una visione gerarchica nella quale l’essere umano occupa una posizione sovraordinata rispetto alle altre specie.

Contestualmente, il diritto positivo ha iniziato ad interessarsi di un numero sempre maggiore di specie animali, e da più parti si è prospettata l’idea di una soggettività giuridica animale. Gli esiti di questa attenzione, però, non sono andati sempre nella direzione di offrire una tutela effettiva al valore-vita dell’animale: se i c.d. animali d’affezione sono sempre più considerati come soggetti di diritto, per altre specie tale considerazione sembra più fittizia⁵. L’ordinamento giuridico pare infatti “attrarre” alcune specie non umane entro il proprio ambito di giurisdizione per poterne poi disporre in nome di esigenze umane ritenute di volta in volta meritevoli, mostrando una forte ambivalenza rispetto alle reali finalità di disciplina. In questo ambito, il diritto sembra talvolta mostrare (o meglio, celare) un duplice volto, al contempo emancipativo e repressivo.

Una circostanza nella quale sembra evidenziarsi tale ambivalenza ha a che fare con i rapporti tra l’universo giuridico propriamente umano e il mondo animale “selvaggio”, laddove una stra-

¹ Come noto, uno dei macro-temi della “questione animale” è costituito dal dibattito specismo/antispecismo, che, a sua volta, si compone di una variegata costellazione di posizioni, della quale è impossibile dar conto qui. Solo per citare alcuni contributi, si pensi a quelli di Peter Singer e Tom Regan (ispirati rispettivamente all’utilitarismo benthamiano e al razionalismo kantiano), alla proposta neo-contrattualistica (di matrice rawlsiana) di Donald Van de Veer, allo specismo “blando” di Tzachi Zamir, al biocentrismo di Paul W. Taylor (con il concetto di “giustizia interspecifica”), all’ecocentrismo di Aldo Leopold, all’alternativa tra antispecismo politico e antispecismo debole. Sul tema si veda, tra gli altri, BATTAGLIA 1997, 134-135 e, da ultimo, COLOMBO 2020. Il presente saggio, pur toccando alcuni dei motivi portanti di detto dibattito, non intende situarsi al centro di esso.

² Più precisamente, la particolare attenzione è stata rivolta verso alcune specie di animali non umani, i c.d. “animali d’affezione”, definiti per questo “tutelati speciali” da GUAZZALOCA 2021, 147 ss.

³ Per un’analisi storica accurata della relazione uomo-animale dal punto di vista etico si rimanda a GUAZZALOCA 2021, specialmente 17-38. Si veda anche GENSINI 2020, che raccoglie vari contributi sul modo in cui la filosofia e la semiotica hanno trattato l’animale non umano, anche rispetto a categorie originariamente umane, come l’intenzionalità.

⁴ Tra di esse spiccano le posizioni già citate sinteticamente in nota 1, specialmente il “liberazionismo animale” di SINGER 2010 [1975] e REGAN 1990 [1983], ai quali va il merito di avere portato la riflessione sul rapporto uomo-animale fuori dall’ottica gerarchica antropocentrica. In ambito italiano uno degli esponenti più convinti dell’antispecismo è Valerio Pocar: si veda, per tutti, POCAR 2020.

⁵ Mette bene in luce questo “bipolarismo” POCAR 2013. Per dirla con parole efficaci, si passa «dall’antropomorfizzazione degli animali da compagnia alla reificazione di tutti gli altri» (GUAZZALOCA 2021, 7), o, con espressione ancora più schietta, «L’umanità è andata a braccetto con ambiziosi progetti liberatori tanto quanto con programmi di messa a morte sistematica ed organizzata» (GRIONI MERLI 2020, 80).

tegia più o meno abbozzata di *personificazione* di talune specie selvatiche porta paradossalmente a legittimare l'eliminazione di alcuni esemplari, definiti dal diritto "pericolosi" per il consorzio umano: per questi, la personificazione non è sostenuta dal riconoscimento delle prerogative (giuridiche) proprie della persona umana, né le determina.

La presente riflessione cerca dunque di approfondire la prassi giuridica della personificazione prendendo in considerazione la categoria degli animali selvatici⁶ e, all'interno di essa, in particolare la specie dell'orso bruno nel contesto ordinamentale italiano, anche in ragione della stringente attualità del fenomeno degli incontri/scontri tra questi esemplari e gli esseri umani. A partire dall'analisi di dati di cronaca e testi legislativi a "tutela" di tale specie, ci si propone di riflettere sulla tutela che il diritto è in grado di offrire loro.

In tale direzione, si cercherà, in primo luogo, di analizzare i meccanismi e le scelte che sono alla base dell'ambiguità giuridica sopra richiamata e, in secondo luogo, se vi sia una modalità alternativa di funzionamento del diritto positivo che conduca ad una protezione autentica delle specie selvatiche⁷.

2. *Animali selvatici: i nuovi protagonisti delle cronache nere*

Sono sempre più ricorrenti gli incontri ravvicinati tra esseri umani ed orsi finiti tragicamente: nelle regioni più montuose e boschive dell'Italia, come il Trentino Alto Adige o l'Abruzzo, ritorna con regolarità la cronaca di un orso che aggredisce una persona, solitamente un turista o un cercatore di funghi addentratisi nei boschi, e che viene condannato a morte dalle Autorità locali.

Questi casi suscitano un accorato dibattito pubblico, che mette a nudo un conflitto drammatico tra istanze di protezione animale ed esigenze di tutela delle persone e dei loro beni.

Tra di essi, affiora alla mente il caso dell'orso Bruno (altresì denominato "Jjr") il quale, nel 2004, all'età di due anni, aveva abbandonato il natio parco dell'Adamello-Brenta, in Trentino, per dirigersi in Germania. Ivi giunto, venne condannato a morte per aver saccheggiato alcuni capi di allevamento e ucciso in Baviera da due colpi di fucile mentre riposava accanto ad un lago, dopo un inseguimento durato settimane⁸. Un mese dopo l'uccisione del giovane animale, le istituzioni governative decidevano di catturare e segregare in un recinto *ad hoc* anche la madre Jurka, responsabile della "educazione" della sua prole⁹. Più recentemente, la medesima sorte è toccata anche ad altri esemplari, come l'orso denominato JJ5, ucciso da un eccesso di anestetico somministrato per l'applicazione di un radiocollare volto a monitorare spostamenti divenuti

⁶ In particolare, i fenomeni presi in esame dal presente saggio valgono, sia pur con alcune distinzioni, per due "gruppi" in cui, approssimando, la categoria delle specie selvatiche può essere suddivisa. Un primo gruppo è quello delle specie selvatiche (particolarmente) protette, che sono in numero molto limitato (quando non a rischio estinzione, motivo che incoraggia un regime di "immunità"), la cui aggressività nei confronti dell'essere umano può, in presenza di determinate circostanze, tradursi in attacchi per quest'ultimo letali. Un secondo gruppo ricomprende specie per natura poco aggressive, il cui numero negli ultimi anni è cresciuto esponenzialmente, che arrecano danneggiamenti alle colture, ai recinti e ai terreni, "scompiglio" per la loro frequentazione di luoghi un tempo prerogativa umana, come spiagge e centri-città, e per i quali si profila un problema di convivenza quotidiana. In questo caso meno frequentemente si generano incidenti che ledono l'integrità fisica delle persone, anche se la cartellonistica relativa al rischio di attraversamento animali selvatici sta diventando, da cimelio *vintage*, segnale di allerta da prendere in seria considerazione.

⁷ Una prima riflessione su questi temi, e in particolare sulle possibili risposte alla configurazione di un diritto che assuma il punto di vista delle specie selvatiche, è stata svolta in BELLONI, MAGNESCHI 2020, di cui il presente saggio costituisce uno sviluppo ulteriore.

⁸ Per una ricostruzione sintetica dei fatti si veda l'articolo on line del quotidiano *La Repubblica* (https://www.repubblica.it/2006/05/sezioni/scienza_e_tecnologia/orso-germania/orso-abbattuto/orso-abbattuto.html).

⁹ <https://www.repubblica.it/2007/04/sezioni/cronaca/orsa-jurka/orsa-jurka/orsa-jurka.html>.

troppo turbolenti¹⁰, l'orsa Daniza, dichiarata *pericolosa* dalla Provincia Autonoma di Trento e uccisa anch'essa da un *overdose* di anestetico durante la cattura¹¹, l'orsa KJ2, imbattutasi, insieme ai propri cuccioli, prima in un podista e poi in un signore a passeggio con il proprio cane¹².

A colpire è la sussistenza di elementi comuni a tutte le vicende menzionate: 1) gli animali in questione rappresentano delle specie protette, deliberatamente reintrodotte nei parchi naturali al fine di favorirne il ripopolamento, dopo che da decenni erano completamente scomparse da questi luoghi¹³; 2) la loro condanna a morte viene comminata in virtù di un atto normativo umano specificatamente emanato (nella maggior parte dei casi un'ordinanza del sindaco territorialmente competente o del presidente di Provincia)¹⁴; 3) i soggetti coinvolti nell'attività di ripopolamento e preservazione degli animali in via di estinzione, come l'Ente Parco, denunciano che le iniziative sanzionatorie messe in atto dalle istituzioni di fatto mortificano i presupposti fondamentali delle politiche volte alla conservazione delle specie in questione, e si appellano alla necessità di promuovere una cultura della convivenza tra essere umano e animali non umani¹⁵.

La crescente "invasione" di spazi umani da parte delle specie selvatiche, e l'abitudine di incontri ravvicinati tra queste ultime e gli animali umani, vale per molte altre specie animali selvatiche la cui uccisione è inibita o limitata ad alcuni periodi dell'anno, come cinghiali e caprioli¹⁶. Anche in questo caso non si contano più le notizie, le foto, gli articoli di giornale, le denunce, relative all'invasione delle città da parte loro e all'incontro/scontro con persone¹⁷.

Tutti questi fatti portano a chiedersi che cosa abbia determinato un simile, macroscopico, mutamento. Infatti, è un dato di pronta intelligibilità che in passato gli animali selvatici tendessero a non avvicinarsi ai luoghi frequentati dagli esseri umani, come i centri abitati; la separazione degli ambiti umani e animali era chiara e pareva inscritta in un "codice della natura", dove l'uccisione

¹⁰ Si veda, in proposito, l'articolo del quotidiano *L'eco di Bergamo* disponibile in: (https://www.ecodibergamo.it/stories/Cronaca/302686_morto_per_anestesia_lorso_jj5/).

¹¹ Sul caso di Danzica si veda più approfonditamente l'articolo di *La Repubblica* disponibile in: https://www.repubblica.it/ambiente/2014/09/11/news/morta_l_orsa_daniza_non_sopravvive_alla_cattura-95490478.

¹² Per la cronaca del caso si veda l'articolo disponibile in: <https://www.lifegate.it/persone/news/trentino-abbattuto-orso-kj2>.

¹³ Con programmi quali il *Life Ursus*, avviato nel 1996 e terminato nel 2004, su iniziativa del Parco Adamello Brenta, della Provincia autonoma di Trento e dall'Istituto nazionale della fauna selvatica, volto al ripopolamento della specie ursina sulle montagne del Brenta, grazie al quale, tra il 1999 e il 2002, sono stati rilasciati nel predetto parco 10 esemplari (<https://www.pnab.it/il-parco/ricerca-e-biodiversita/progetti-faunistici/orso/life-ursus/>). Per tale progetto il Parco ha ricevuto finanziamenti europei per euro 825.000,00. Sono seguiti altri progetti analoghi, come il *Life Arctos* e *Dinap Bear* (<https://grandicarnivori.provincia.tn.it/News/Le-cifre-reali-sui-finanziamenti-europei-per-la-gestione-dell-orso>).

¹⁴ Si veda ad esempio l'ordinanza del presidente della Provincia Autonoma di Trento, del 24 giugno 2020, il cui testo è disponibile al seguente link: <https://www.ladige.it/filedelivery/policy:1.2540821:1610712573/file-6260363544489644644.pdf>. In generale, le normative di riferimento fanno riferimento al "Soggetto decisore", previa autorizzazione del Ministero, ferma restando la competenza delle autorità di pubblica sicurezza (vedi paragrafo 3.4.2. del Piano Pacobace, di cui si dirà infra, p. 3 e nota 11). L'ordinanza qui citata ne segue altre di analogo tenore, emesse dal medesimo soggetto: <https://www.ladige.it/cronaca/2019/07/22/nuova-ordinanza-per-l-orso-m49-in-consiglio-provinciale-e-polemica-fugatti-spiega-il-giorno-della-fuga-1.2566005>. In alcuni casi, come si accennerà a breve, la morte è decretata da una decisione estemporanea delle autorità competenti, che si traduce quasi immediatamente nell'uccisione, senza la previa emanazione di un atto *ad hoc*.

¹⁵ La dichiarazione per esteso del Parco Naturale Adamello Brenta si trova al seguente indirizzo: https://www.pnab.it/wp-content/uploads/2018/02/posizione_pnab_jji.pdf

¹⁶ Sul tema della "invasione" degli spazi umani, anche se con riferimento al diverso caso delle specie "esotiche", si veda BELTRÁN CASTELLANOS 2018.

¹⁷ Per richiamare un caso ancora fresco nella memoria collettiva, si pensi all'uccisione dei sette cinghiali (la madre con i sei cuccioli), rimasti intrappolati in un parco giochi di Roma, da parte della polizia provinciale. Gli ungulati si erano approssimati al quartiere urbano attirati da cumuli di spazzatura (per una cronaca piuttosto dettagliata si veda l'articolo di ADI disponibile in: <https://www.agi.it/cronaca/news/2020-10-17/uccisi-cinghiali-rimasti-intrappolati-parco-giochi-9987396/>).

della bestia era la risposta umana ad un equilibrio predisposto dalla natura: laddove un tempo l'antagonismo e l'inimicizia tra le due specie preveniva la creazione di una relazione, o la risolveva molto semplicemente nel potere illimitato ed arbitrario dell'essere umano di sopprimere l'animale, in tempi più recenti le politiche di protezione di alcune specie hanno determinato la possibilità di una connessione non più libera, nel senso sopra detto, ma guidata dal diritto.

Anche in quest'ottica, sarebbe quantomai utile indagare l'eziologia del fenomeno in oggetto, adottando un approccio multidisciplinare¹⁸. Dal nostro punto di vista, che dedica uno spazio prevalente all'ambito giuridico, vale la pena concentrarsi sul ruolo che il diritto può avere avuto nel determinare questa situazione di conflittualità. Una delle ipotesi che, come si vedrà, appaiono più percorribili è, infatti, che all'origine della questione dell'incontro fatale tra essere umano e specie selvatiche protette si possa rintracciare l'effetto congiunto delle politiche del ripopolamento e di un certo modo di operare del diritto positivo nel disciplinare la vita di queste specie.

Riguardo a tali politiche, e con specifico riferimento all'orso¹⁹, si è ad esempio fatto notare come l'area del Parco Adamello-Brenta non fosse sufficiente a supportare entro i propri confini una popolazione vitale di orsi²⁰, sia in ragione del naturale corso riproduttivo della medesima, sia in virtù dell'inclinazione, propria soprattutto di esemplari maschi in fase riproduttiva, a spostarsi anche di parecchi chilometri di distanza dal luogo di nascita: insomma, i c.d. "fenomeni dispersivi" erano ampliamenti preventivabili²¹.

Sembra dunque che anche all'origine della questione dell'incontro fatale tra essere umano e specie selvatiche presenti nelle riserve, come gli orsi e i lupi²², possa rintracciarsi la politica del ripopolamento, in riserve permanentemente naturali e specificatamente preposte alla salvaguardia della specie (l'animale inserito in quel contesto è protetto e ne sono inibite la caccia e l'uccisione in tutti i

¹⁸ Senza potersi addentrare in una ricostruzione approfondita, si possono però indicare alcuni elementi richiamati dagli studi di settore e raccolti all'inchiesta di *La Repubblica* del 3 settembre 2020: *Uomini o animali. Inchiesta sulla battaglia contro orsi, lupi e cinghiali che divide l'Italia*, disponibile in: https://www.repubblica.it/green-and-blue/2020/09/03/news/il_rapporto_tra_uomo_e_animali_comportamento_e_aggressioni_l_orso_tra_cui_m49_del_trentino_lupo_e_cinghiale-301061167/. In detta inchiesta si mettono in correlazione il variare dei perimetri delle zone "a foresta" e il ripopolamento come possibili concause di un "sovrappopolamento" che interessa soprattutto cinghiali e caprioli. Nel caso dei cinghiali si stima che siano passati da circa trecentomila, a inizio secolo, a circa un milione, molti dei quali appartenenti ad una razza incrociata con esemplari ungheresi, e caratterizzati da una stazza particolarmente imponente. Un altro fattore indicato nella fonte citata è l'abitudine di cacciare soprattutto gli esemplari maschi, perché più grandi, ciò che causa uno squilibrio nella popolazione di tali ungulati. Infine, secondo una teoria etologica, la diminuita paura dei luoghi antropizzati (c.d. "neo-fobia") sarebbe collegata allo sviluppo di una particolare area del cervello di questi animali. Altra possibile causa del cambiamento di equilibrio nella "frequentazione" degli spazi tra animale umano e animale non umano si potrebbe rintracciare in una tendenziale minore aggressività da parte degli esseri umani, in un'attenuazione della pratica di caccia o più semplicemente in un diverso atteggiarsi degli avventori campestri, elementi che, combinati al dato sopra detto del moltiplicarsi degli esemplari animali, potrebbero determinare verosimilmente un loro sempre più facile "sconfinamento": «L'Italia contadina sapeva come rapportarsi con questi animali. Sapevano in quali periodi l'orso va a mangiare le bacche e quindi è meglio girare alla larga. In altri termini, sapevano dove stavano le bacche, in quali periodi erano in letargo e quando ne uscivano, quale era la stagione dell'amore e i relativi comportamenti attesi» (così dichiara Enrico Alleva nella stessa inchiesta). Su ciò si veda, più in generale, FRANCIS 2019, nonché gli studi condotti nell'ambito del c.d. "Human-Wildlife Conflict", che, a partire dalla presa d'atto della conflittualità del rapporto tra esseri umani e animali selvatici, si dedica a approfondirne le cause, con approccio interdisciplinare, e a proporre strategie di mitigazione di detta conflittualità. Si vedano gli studi promossi dall'Unione Mondiale per la Conservazione della Natura (IUCN): IUCN 2005; IUCN 2020. Per una prima introduzione alla tematica in un'ottica giuridica si veda POOLEY, BHATIA, VASAVA 2020.

¹⁹ Sulla relazione complessa e simbolicamente ricca tra uomini e orsi, anche in riferimento agli aspetti più propriamente etico-normativi, si veda, da ultimo, il suggestivo lavoro di COMBA, ORMEZZANO 2015.

²⁰ Arrivata, in meno di un ventennio, da dieci esemplari a quota cento.

²¹ Per una riflessione tecnica e critica sul caso si veda ZIBORDI 2006.

²² Anche nel caso del ripopolamento dei lupi accade molto frequentemente che tali specie, reimmesse nei territori dai quali erano assenti da decenni (anche al fine di arginare il sovrappopolamento dei cervidi), optino per dirigersi verso prede di più facile e immediato reperimento, come quelle allevate dagli agricoltori.

periodi dell'anno). Specialmente nei casi da ultimo menzionati, l'atto finale tipicamente umano di soppressione della bestia considerata "pericolosa" scaturisce, quasi paradossalmente, dall'impulso – anch'esso tutto umano – a ricercare, riavvicinare, reintegrare nel patrimonio comune esemplari che erano scomparsi da molto tempo, senza però tenere in adeguata considerazione la natura di questa fauna selvatica, e le conseguenze precise del ricollocamento.

Non stupisce, allora, che si crei spesso un corto circuito idoneo a compromettere i buoni propositi di suddette politiche, in tutti quei casi nei quali gli esemplari protetti, dopo essere stati richiamati ai loro antichi *habitat*, sono soppressi a causa della loro "inadeguatezza" all'incontro con l'essere umano.

In tal modo, il ripopolamento appare come un'iniziativa praticata al solo fine di impedire l'estinzione di alcune specie e di mantenere quanto più inalterata possibile la tradizionale varietà di esse, quasi si trattasse di un catalogo da riassortire, senza considerare né le responsabilità umane nel determinare l'impovertimento della fauna, né le soggettività animali, la loro natura, il loro comportamento, anche per come possono essere mutati rispetto al passato.

Le conseguenze di questo approccio, poco accorto e poco lungimirante, sono state e continuano ad essere nefaste: l'intervento umano, che si propone di ristabilire – forzatamente – un equilibrio naturale, finisce addirittura con l'alterarlo ancora di più, ponendo in contrasto drammatico e in tragica alternativa l'essere umano e l'animale.

3. La protezione del diritto: questioni di vita e di morte

L'art. 2, c. 1, lett. a) della legge n. 157 del 1992 dichiara alcuni esemplari, tra cui l'orso, «specie particolarmente protette, anche sotto il profilo sanzionatorio». Non indica, però, in che cosa consista la particolare protezione, se non, appunto, per quel riferimento all'inasprimento delle sanzioni che risulta poi essere l'unico elemento in cui essa si estrinseca²³.

La legge 157 recepisce la direttiva europea CEE/43/92 in materia di *conservazione degli habitat naturali* (c.d. *Direttiva Habitat*). Rispetto alla legge di attuazione richiamata, però, la direttiva adotta un linguaggio più nitido per esprimere quelle che sono le finalità sulle quali gli Stati devono convergere: si tratta di una tutela che si traduce nel divieto di cattura, uccisione, perturbazione delle specie animali indicate²⁴.

Si veda, invece, della medesima legge richiamata (157/1992), l'art. 1 *bis*, così come modificato e integrato dal DPR 12 marzo 2003, n. 120, relativo, nello specifico alla specie selvatica particolarmente protetta "uccelli selvatici":

«Lo Stato, le regioni e le province autonome, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, adottano le misure necessarie per mantenere o adeguare le popolazioni di tutte le specie di uccelli di cui all'articolo 1 della direttiva 2009/147/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 novembre 2009, ad un livello corrispondente alle esigenze ecologiche, scientifiche, turistiche e culturali, tenendo conto delle esigenze economiche e ricreative e facendo in modo che le misure adottate non provochino un deterioramento dello stato di conservazione degli uccelli e dei loro habitat, fatte salve le finalità di cui all'articolo 9, paragrafo 1, lettera a), primo e secondo trattino, della stessa direttiva» (corsivo mio).

A quanto pare, la protezione non è incompatibile con (ma anzi è subordinata a) le esigenze «tu-

²³ L'art. 30 della medesima legge prevede «l'arresto da due a otto mesi o l'ammenda da lire 1.500.000 a lire 4.000.000 per chi abbatte, cattura o detiene mammiferi o uccelli compresi nell'elenco di cui all'articolo 2» e «l'arresto da tre mesi ad un anno e l'ammenda da lire 2.000.000 a lire 12.000.000 per chi abbatte, cattura o detiene esemplari di orso, stambecco, camoscio d'Abruzzo, muflone sardo».

²⁴ Vedi art. 12 della Direttiva, il quale a sua volta richiama l'Allegato IV, lettera a).

ristiche, culturali, economiche e financo ricreative»: appare chiaro quanto ampio sia il margine di “assestamento” della protezione.

Anche il Regolamento attuativo della Direttiva *Habitat*, emanato con Decreto del Presidente della Repubblica n. 357/1997, subisce lo stesso andamento: dapprima proclama in generale la finalità della protezione delle specie indicate (dichiarando di essere volta ad «assicurare il mantenimento o il ripristino, in uno stato di conservazione soddisfacente, degli *habitat* naturali e delle specie di flora e fauna selvatiche di interesse comunitario», e vietando di «catturare o uccidere esemplari di tali specie»); successivamente subordina la protezione alle «esigenze economiche, sociali e culturali, nonché delle particolarità regionali e locali», e a tutta una serie di ipotesi ricorrendo le quali la tutela può essere allentata, fino a scomparire²⁵.

Come si vede, se da un lato le indicazioni del legislatore lasciano poca chiarezza su quale sia l'estensione della “tutela rigorosa” (tale per cui, “a rigore”, il divieto di soppressione dovrebbe essere assoluto), detto regime incontra eccezioni che consentono l'abbattimento degli animali addirittura in tutti i casi in cui vi sia un rischio, pur non ancora concretizzatosi, per i beni patrimoniali umani²⁶.

Così stabilendo, però, lungi dal fornire una precisazione utile a porre in maniera forte e chiara uno scopo di tutela e di protezione elevate e incontrovertibili delle specie protette, la previsione lascia aperta la possibilità di disapplicare le tutele al ricorrere di ipotesi non tassative, non predefinite, non necessariamente gravi.

Tali ipotesi sono proprio quelle che si sono verificate nei casi di cronaca sopra menzionati, nei quali la prassi operativa delle istituzioni locali ha poi dimostrato di saper utilizzare tali deroghe in maniera molto estensiva.

Orbene, se le norme che dovrebbero definire i termini della protezione accordata agli animali selvatici hanno un tenore molto vago, indeterminato, ed ambiguo, assai generosa è l'elencazione di tutte le ipotesi in presenza delle quali si può procedere a “punire” l'animale.

Con specifico riferimento all'orso bruno, poi, è stato emanato il Piano interregionale per la conservazione dell'orso bruno sulle Alpi centro-orientali, denominato *Pacobace*²⁷, nel quale gli obiettivi di preservazione delle specie protette vengono temperati con le istanze di sicurezza della specie umana, attraverso l'individuazione di criteri che permettono di ritenere una specie animale come *pericolosa* (o problematica) e di conseguenza sopprimibile. Ebbene, il Piano ha subito nel tempo alcune modifiche (proprio in virtù dell'infittirsi dei casi di cronaca di cui sopra) nella direzione di snellire e velocizzare le iniziative di eliminazione del “problema orso”, e non nascondendo la finalità di rendere più “socialmente accettata” la specie in questione. Infatti, nelle dichiarazioni del Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare, rese a corredo delle suddette modifiche, si legge:

«Nel corso degli ultimi anni si è verificato un notevole incremento demografico della popolazione dell'orso sulle Alpi centro-orientali, con conseguente aumento delle situazioni problematiche, sia in termini di danni diretti causati dai plantigradi, sia di *pericolosità, legata all'aumento della frequenza di incontri ravvicinati tra uomo e orso*. Ciò ha reso necessaria, anche ai fini di una migliore accettazione sociale della specie,

²⁵ Vedi art. 8 del D.p.r. n. 357/1997, nonché il suo allegato D, lettera a).

²⁶ Cfr. art. 11 del D.p.r. n. 357/1997.

²⁷ Il Piano è stato redatto da un tavolo tecnico interregionale costituito dai seguenti enti: Provincia Autonoma di Trento, Provincia Autonoma di Bolzano, Regione Friuli Venezia Giulia, Regione Lombardia, Regione Veneto, Ministero dell'Ambiente e ISPRA; il Piano è stato poi formalmente adottato dalle amministrazioni territoriali coinvolte e approvato dal Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare con Decreto direttoriale n. 1810 del 5 novembre 2008. È il primo esempio in Italia di Piano d'Azione concertato, condiviso e formalmente approvato dagli enti territoriali coinvolti. Il testo è consultabile sul sito del Ministero per la Transizione Ecologia al seguente indirizzo: <https://www.mite.gov.it/pagina/piano-dazione-interregionale-la-conservazione-dellorso-bruno-sulle-alpi-centro-orientali>

una gestione più rapida ed efficace di quei singoli *individui* cosiddetti "*problematici*", *responsabili di una rilevante quota dei danni economici e delle situazioni di pericolo più significative*» (corsivi miei).

E ancora:

«Le Amministrazioni responsabili dell'attuazione del Pacobace, su iniziativa della Provincia di Trento, hanno quindi concordato con il Ministero dell'Ambiente e Ispra una modifica del capitolo 3 del Piano d'Azione, che definisce l'«*orso problematico*» in maniera più precisa, prevedendo inoltre, nell'ambito della definizione del grado di problematicità dei possibili comportamenti di un orso e relative azioni possibili (Tabella 3.1), l'inclusione della categoria «*orso che provoca danni ripetuti a patrimoni per i quali l'attivazione di misure di prevenzione e/o di dissuasione risulta inattuabile o inefficace*» tra quelle per le quali può essere consentita l'attivazione di azioni energiche comprese la cattura per *captivazione permanente e l'abbattimento*. Ferme restando tutte le azioni di dissuasione che dovranno essere poste in essere secondo la normativa vigente, è mantenuta invariata l'obbligatorietà della richiesta di autorizzazione al Ministero per ogni intervento di rimozione» (corsivi miei)²⁸.

Come si vede, la modifica al documento è volta ad includere i casi di assalti «a patrimoni» nell'elenco dei comportamenti che qualificano l'orso come problematico e dunque sopprimibile: il valore che controbilancia quello alla vita dell'orso non è più solo la vita umana, ma anche il patrimonio, – categoria quanto mai generica e neppure limitata agli esemplari di allevamento predati. Insomma, le normative di riferimento, e soprattutto le loro specificazioni a livello regionale, sembrano andare verso la direzione di autorizzare quelle «azioni energiche» che sempre più spesso consistono nell'uccisione dell'animale.

Si è dunque arrivati al punto che una specie particolarmente protetta può essere soppressa se arreca danni ai beni materiali di un'altra specie, particolarmente privilegiata (che è ben altra cosa dall'essere protetta): sembra che le evoluzioni in materia di trattamento di queste specie protette si siano allontanate così tanto dalla finalità – quantomeno proclamata – che sosteneva le prime iniziative di ripopolamento e conservazione della fauna selvatica, da essersi trasformate in strumenti di legittimazione, sovente *ex post*, di prassi punitive del naturale vivere e comportarsi di quelle specie.

Le medesime conclusioni valgono anche se ad essere minacciata o turbata, da parte dell'orso, è la vita umana, laddove la pericolosità deriva non necessariamente da un'aggressione all'essere umano, ma anche solo dell'aumento della frequenza di incontri ravvicinati.

4. La finzione del diritto: orsi come persone... e "persone" senza diritti

Soffermandoci nello specifico sulla qualificazione dell'orso come soggetto problematico, in virtù della quale è possibile derogare al regime di protezione *rigorosa*²⁹, si può osservare che l'espressione è utilizzata in diversi passaggi normativi, e complessivamente si riferisce a due tipologie comportamentali.

La prima classificazione è in termini di *dannoso*, per l'orso che cagioni in maniera recidiva danni materiali alle cose dell'animale umano o si cibi di prede appartenenti a quest'ultimo, in quanto «ha perso la naturale diffidenza nei confronti dell'uomo e risulta condizionato ed attratto dalle fonti di cibo di origine antropica»³⁰.

²⁸ Così alla pagina istituzionale on line del Ministero della transizione ecologica: <https://www.mite.gov.it/pagina/piano-dazione-interregionale-la-conservazione-dellorso-bruno-sulle-alpi-centro-orientali>.

²⁹ È il piano *Pacobace* (al paragrafo 3.2.1.) a definire «rigorosa» la tutela «particolare» di cui al DPR 359/1997.

³⁰ Paragrafo 3.4 del piano *Pacobace*.

La seconda tipologia è quella dell'orso *pericoloso*, che pone in essere comportamenti tali da far presumere che costituisca/costituirà pericolo per l'uomo, in quanto ormai privo della naturale ritrosia nei confronti di quest'ultimo e assuefatto alla sua presenza³¹, o in quanto invece trovatosi suo malgrado in situazioni in cui debba difendere la prole o la propria preda.

Come si vede, non c'è bisogno di arrivare al caso estremo dell'orso che attacca l'uomo senza essere provocato, per connotare le condotte dei plantigradi in termini di pericolosità: il profilo più comune di orso *pericoloso* è “semplicemente” un orso *confidente*³².

Tale scelta normativa «integra una ipotesi tipica di estensione dell'ambito di applicazione delle misure di prevenzione» proprie del diritto penale (FONDAROLI 2014, 1).

È singolare leggere, negli articoli di cronaca relativi a casi di cattura o uccisione di orsi che hanno dimostrato la loro pericolosità nei confronti dell'essere umano, che perfino i commentatori schierati contro gli esiti nefasti di tali politiche invocano, a difesa degli animali, fattispecie giuridiche destinate ad esseri razionali quali sono gli esseri umani³³. Anche l'espressione “orso problematico” utilizzata dal legislatore serve a giustificare e legittimare l'applicazione di un'altra categoria giuridica prettamente umana, cioè la captivazione permanente, *id est* l'ergastolo³⁴.

Ad essere messo in risalto è dunque (soprattutto dalle ordinanze) il comportamento dell'animale nei confronti dell'animale umano – e non viceversa – ritenuto, in un certo senso, “criminioso”: a prescindere delle ragioni dell'orso e della sua pericolosità, è il semplice fatto di aver mostrato la propria reattività che incontra il giudizio e la condanna umani.

Questa ipotesi di lettura sembra peraltro in grado di spiegare la sussistenza di tutta una serie di atti normativi che, pur non ponendosi al rango di leggi ordinarie, si collocano tuttavia nell'ambito di un *infra*-diritto (per usare un'espressione foucaultiana) che è in grado di determinare, ancor più efficacemente e rapidamente della legge generale, la sorte dell'animale, ovvero di sentenziarne la vita o la morte (BELLONI 2020). Si pensi, solo per citare un esempio, alle richiamate ordinanze delle autorità di pubblica sicurezza e alla loro portata potenzialmente discriminatoria (legata, tra gli altri motivi, come vedremo tra poco, al disconoscimento di idonee garanzie processuali per gli animali). Ed è così che si arriva a intavolare un dibattito sulla legittimità formale dell'atto normativo, fino a sottoporlo al vaglio del giudice costituzionale, che in nessun passaggio si richiama il punto di vista animale.

Si è anche visto come la scelta del legislatore di punire siffatta “problematicità” dell'orso costituisca una indebita dilatazione del perimetro di applicazione delle misure di prevenzione, oltre che un ulteriore esempio di ambiguità e contraddittorietà nella tecnica legislativa. Infatti, da un lato all'orso sarebbe inibito di essere se stesso, in quanto il semplice agire secondo la propria natura selvaggia integrerebbe gli estremi di una “colpa d'autore” (FONDAROLI 2014, 2), dove ad essere punito è il modo di essere piuttosto che il fatto, la cui rilevanza/sussistenza rimane completamente marginale: le restrizioni di libertà dell'orso sono ancorate a logiche presuntive, che certo appaiono stridenti con il principio di conservazione di questa specie protetta. Dall'altro lato, però, si afferma che la pericolosità presuntiva è desumibile da un modo di essere dell'orso

³¹ «Salvo casi eccezionali e fortuiti, un orso dal comportamento schivo, tipico della specie, non risulta pericoloso e tende ad evitare gli incontri con l'uomo. La pericolosità di un individuo è, in genere, direttamente proporzionale alla sua “abituazione” (assuefazione) all'uomo. In altri casi la pericolosità prescinde dall'assuefazione all'uomo ed è invece correlata a situazioni particolari, ad esempio un'orsa avvicinata quando è coi piccoli o un orso avvicinato quando difende la sua preda o la carcassa su cui si alimenta» (*ibidem*).

³² Sui rilievi giuridici di tale osservazione si tornerà *infra*.

³³ Si è parlato, ad esempio, di «alleggerimento della posizione dell'orsa» in virtù del fatto che, al momento dell'aggressione alla persona, avesse con sé i propri cuccioli, o che la vittima umana portasse con sé un cane sciolto; oppure di “legittima difesa” da parte dell'orsa (cfr. il già citato articolo disponibile in <https://www.lifegate.it/persona/news/trentino-abbattuto-orso-kj2>), o, ancora, di “comprensibilissime, giovanili intemperanze” (cfr. <https://www.ilgiornale.it/news/finisce-fuga-bruno-l-orso-ucciso-baviera.html>)

³⁴ Il riferimento normativo va, ancora una volta, in particolar modo, al Piano Interregionale *Pacobace* sopra citato.

non più abbastanza selvaggio da garantirne la ritrosia nei confronti dell'essere umano: «la pericolosità di un individuo è, in genere, direttamente proporzionale alla sua “abituazione” (assuefazione) a quest'ultimo e al suo grado di confidenza con lo stesso»³⁵.

Così, il tema della natura dell'orso subisce stravolgimenti, manipolazioni e adattamenti a seconda della prospettiva, *tutta umana*, che si vuole far prevalere, arrivando addirittura alla estrema conseguenza di poter catturare e sopprimere un orso se esso, pur non avendo cagionato danno alcuno, né al patrimonio né all'integrità fisica dell'uomo, si dimostra eccessivamente socievole nei confronti di quest'ultimo.

Evidentemente, è l'impossibilità di controllare e prevedere le mosse dell'orso, più che la possibilità di prevedere che arriverà a nuocere, a risultare inaccettabile in un'ottica antropocentrica. Ecco allora che l'orso dovrebbe semplicemente non farsi vedere, affinché la sua preservazione fosse assicurata. Infatti, non appena avviene l'incontro con le persone, il requisito (giuridico) della pericolosità – sociale – è di per sé già integrato (sia perché l'orso si mostra affamato o in presenza di prole etc., sia perché, al contrario, l'orso dimostra confidenza).

Questi esiti sono ancora più opinabili considerando che la contiguità tra specie selvatiche e specie umana, naturalmente cessata da anni, è stata forzatamente ricreata proprio dall'essere umano. Viene da pensare alla pratica del ripopolamento quale atto umano autoreferenziale, volto a soddisfare l'ego immaginifico che si compiace nel vedersi artefice di una lodevole iniziativa, ma che non accetta l'espressione piena e libera della naturalezza che ha preteso di ricreare. Più realisticamente, tale pratica è l'atto di contenimento e di controllo di una natura selvaggia e altrimenti ostile, e il primo atto per arrivare ad occuparsi di ogni aspetto della vita di questi esseri, destinandoli ad una convivenza garbata con le persone umane.

La soppressione normata del lupo, dell'orso e del cinghiale conduce a considerare come l'antagonismo “naturale” tra specie umana e specie selvatiche si sia estinto, o meglio, come il diritto si sia frapposto tra le due, cercando di prevenire lo scontro tra le stesse, ma con l'esito di sostituire la propria legalizzata violenza a quella fattuale: l'uccisione non è più la componente necessaria di una lotta per la sopravvivenza ma la sanzione per aver osato comportarsi in maniera autentica/selvaggia o, viceversa, troppo confidente. Ci si aspetterebbe che queste bestie, una volta insediate nei territori, avessero il buon senso di usare certe maniere con i potenziali avventori umani, ovvero di “seguire la regola” – secondo il senso della nota espressione impiegata da Wittgenstein – cioè, in definitiva, che esse fossero tutto tranne che se stesse.

Si assiste, in definitiva, ad una forte tendenza alla “personificazione” dell'orso, se non ad una sua già compiuta affermazione, condotta attraverso una «procedimentalizzazione delle misure anti-orso» (FONDAROLI 2014, 4). Ciò porta a sostenere che l'uccisione della fiera debba essere sostanzialmente giuridicizzata, trasformandosi in un processo sanzionatorio con regole ben precise: la funzione del diritto, in questa fase, diviene quella di legittimare la risoluzione del conflitto sempre e comunque attraverso la soppressione della “bestia”.

In particolare, il paradigma della punizione della specie “protetta” ricalca i motivi fondanti del diritto penale umano: la pena di morte è la punizione per la commissione di un reato³⁶. Tuttavia, a ben vedere, se in qualche caso è possibile individuare una fattispecie di “reato tipico”, come ad esempio il furto (di bestiame), o il danneggiamento doloso, in molti altri casi ad essere punita è l'indole delle specie protette: sono i casi in cui l'animale preoccupa per aver posto in essere comportamenti liberi, come spingersi oltre il recinto che gli è stato assegnato o l'essersi dimostrato troppo confidente.

³⁵ Piano *Pacobace*, Capitolo 3, § 3.4.

³⁶ Rilievi interessanti a questo proposito si trovano nel classico e pionieristico EVANS 1906, che raccoglie molti casi giudiziari che hanno visto come protagonisti animali di diverse specie, alcuni dei quali colpevoli di crimini come l'omicidio.

L'estensione all'animale di una logica propriamente umana si realizza proprio in quanto ad esso vengano applicate quelle categorie giuridiche appositamente pensate per l'umano, ovvero in quanto si presupponga che l'animale sia in qualche modo umanizzabile. Curioso invece notare come talvolta si utilizzi il termine "bestia" per riferirlo a persone macchiate di delitti talmente efferati, da far sembrare impossibile che siano stati compiuti da una specie razionale: si ricorre dunque al mondo animale, proprio per la sua eterogeneità e il suo antagonismo (in termini di razionalità e civiltà) rispetto al mondo umano. In questo caso, dunque, si assume una differenza ontologica come "criterio" per esiliare dal consorzio umano il delinquente. Altre volte, invece, al termine "bestia" è stato accostato l'aggettivo "delinquente"³⁷, inteso sia nel senso letterale, e cioè come chi viene meno (al proprio dovere), sia in senso più specificamente giuridico, ossia come chi compie, o chi sia capace di compiere, *delitto*.

La morte diviene allora, per l'animale, la pena comminata per aver agito al di fuori di una logica in cui pare in definitiva costretto a muoversi: reimpiantato proprio in quanto selvatico, viene sanzionato perché tale, perché non abbastanza umano, "domestico". E ciò vale non solo nel caso in cui l'animale invada spazi di vita propriamente "umani", ma anche nel caso in cui l'incontro/scontro tra specie protetta e specie umana avvenga all'interno di dette riserve naturali, cioè "a casa dell'orso": una volta destinato a riserve in cui possa vivere secondo la propria natura, si presume, però, o meglio si esige, che si comporti sempre e comunque in modo da non costituire un rischio, ancorché meramente potenziale, per l'animale umano³⁸.

In conclusione, la considerazione delle soggettività selvatiche quali *persone*³⁹ appare meramente strumentale a giustificare l'esilio o la condanna a morte, con "estrinsecazioni" proprie del diritto penale e delle sue misure sanzionatorie, ma al di fuori di ogni logica garantista.

Questo meccanismo è reso possibile dalla mancata attribuzione, alla specie selvatica, di diritti *fondamentali* (ne è priva la Costituzione italiana, che fa riferimento unicamente all'uomo o al cittadino⁴⁰, così come la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁴¹) e *soggettivi* (di diritti degli orsi non si parla in nessuna delle normative speciali citate). Mancando un riconoscimento basilare della titolarità di diritti, il trattamento di queste specie è lasciato in balia di leggi contingenti che si focalizzano più sulle ipotesi derogatorie di una protezione (solo) astrattamente rigorosa che sull'affermazione di facoltà giuridiche⁴².

Del resto, le ipotesi di soppressione legalizzata dell'orso hanno a che vedere più col *diritto (alla vita e al patrimonio) della specie umana* che col diritto alla vita della specie animale. E tuttavia, se si vuole – come sembra inevitabile – che il diritto si occupi del mondo animale, disciplinando le modalità di relazione tra questo e il mondo umano, in un modo diverso, realmente protettivo della loro vulnerabilità (e non più generativo di essa), è da chiedersi se a mutare radicalmente

³⁷ "Bestie delinquenti" fu l'espressione emblematica usata – in realtà con scopi di denuncia degli atteggiamenti "giuridicamente" ostili nei confronti degli animali – dal giurista Carlo D'Addosio (D'ADDOSIO 1892) per intitolare un suo studio del 1892 rimasto immeritatamente poco noto e dedicato ai comportamenti presunti *devianti* degli animali e alle loro implicazioni in termini di giustizia "umana".

³⁸ Sul tema della "pericolosità" degli animali in rapporto agli uomini e sulle relative implicazioni giuridiche si vedano, fra gli altri, i contributi di PÉREZ MONGUIÓ 2000 e PÉREZ MONGUIÓ 2002, nonché BUTCHER 1999.

³⁹ Suffragata dall'utilizzo del termine "individui" (cfr. diffusamente il piano *Pacobace*).

⁴⁰ Da segnalare che, mentre si scrive, è stata approvata la legge costituzionale 1/2022 che ha modificato l'art. 9 della Carta Costituzionale, con l'aggiunta di un terzo, significativo, comma che recita: «Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali».

⁴¹ Un riconoscimento di diritti agli animali (diritto all'esistenza, al rispetto, alle cure e alla protezione dell'uomo) è effettuato dalla *Dichiarazione universale dei diritti dell'animale da parte dell' UNESCO* (1978), che, però, non ha valore giuridico vincolante.

⁴² Molto decisa è a questo proposito la posizione di Paola Cavalieri (CAVALIERI 1999, specialmente 165), la quale ritiene che negare i diritti fondamentali ad alcuni animali, considerandoli semplici *beni*, è un attacco ai diritti stessi, poiché viola l'idea di giustizia.

non debba essere la concezione nella quale si è iscritta sino ad ora la disciplina degli animali, ed in particolare di quelli selvatici, e se la soluzione giuridica possa passare attraverso il riconoscimento di essi come *veri soggetti di diritto*, sforzandosi di comprendere e “accompagnare” la natura intima di questi esemplari⁴³.

Affronteremo per prima la seconda domanda (riservando poi spazio alla seconda, nel paragrafo successivo), assecondando le tracce del percorso opzionato dal legislatore, ovvero quello della personificazione dell’orso quale strategia di attribuzione di responsabilità e conseguenti sanzioni.

In base a tale scelta, l’orso è assimilato al cittadino tenuto al rispetto del principio del *neminem laedere*, e sanzionato in caso di violazione di questo stesso principio. Tuttavia la *fictio* cessa, cagionando un cortocircuito, proprio allorquando l’animale “delinque”: da questo momento, esso torna ad essere “bestia”, una bestia che non può comprendere le norme che la riguardano, e pertanto viene condannata a morte senza poter invocare il principio fondamentale del giusto processo e della tutela giurisdizionale dei propri diritti⁴⁴.

Si tratta dunque di una “personificazione a metà”, che crolla sotto il peso di una differenza ontologica che il diritto non si impegna a colmare, con altrettanta finzione, ma che anzi sfrutta per poter risolvere efficacemente e tempestivamente il “problema orso”: in altri termini, ci si arrende alla constatazione che, mentre l’essere umano può fornire qualsiasi versione dei fatti a sé favorevole (ad es. l’aver o meno legato al guinzaglio il proprio cane o più in generale l’aver più o meno contribuito a scatenare una reazione aggressiva), l’orso non è in grado di rendere la propria ricostruzione, poiché non sa esprimersi nel linguaggio umano, né è in grado di rappresentare gli elementi minimi sui quali fondare un’istruttoria, prodromica all’accertamento della verità processuale.

Invero, si sono registrati casi recenti di “assunzione della difesa dell’orso” da parte di alcune associazioni animaliste in rappresentanza di esemplari condannati a morte⁴⁵. Tuttavia, si tratta di casi di difesa *ex post*, cioè reattiva rispetto a provvedimenti emessi senza la previsione di un contraddittorio animale a pena di nullità, e contingente, ossia non iscritta in un sistema di tutele ordinario che preveda la rappresentanza in giudizio dell’orso come requisito per definire l’integrità del contraddittorio. Si tratta di casi importanti, ma che non sembrano spostare il riconoscimento della titolarità di diritti e del diritto ad agire in giudizio.

5. Ipotesi di tutela: diritti umani e animali selvatici

Stante il vuoto di giustizia e di coerenza poco sopra denunciato, e nell’ottica di ricercare possibili rimedi, la traccia più immediata da seguire sembra quella di immaginare cosa accadrebbe continuando a trattare l’orso come una *persona* anche dopo la commissione di un reato da parte sua: la persona/orso avrebbe diritto ad un giusto processo, nel quale essere rappresentata e difendersi

⁴³ Per una ricostruzione storica sul tema, probabilmente preliminare a quello giuridico, del riconoscimento *morale* degli animali, si rimanda a SERNA 2019.

⁴⁴ Come noto, l’art. 24 della Costituzione recita: «Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari».

⁴⁵ Vedi i ricorsi nn. 152 e 153 del 2020 presentati davanti al Tar Trento dall’Ente Nazionale Protezione Animali (ENPA) Onlus e dall’Organizzazione Internazionale Protezione Animali Oipa Italia Odv per l’annullamento dell’ordine impartito dal Presidente della Provincia Autonoma di Trento con cui è stata disposta la cattura per la captivazione permanente dell’orso denominato M57, ai sensi degli artt. 52 D.p.r. n. 670/1972 e 18 legge regionale n. 1/1993, giudicato in ultima istanza, con esito favorevole, dal Consiglio di Stato n. 7366 del 3/11/2021 (disponibile in: <https://www.wereporter.it/trentino-lorso-m57-si-puo-liberare-il-consiglio-di-stato-da-ragione-a-enpa-e-oipa/>, con la relativa Nota a sentenza di CASILLI 2022).

dalle accuse. Si tratterebbe, in sostanza, di sviluppare la “finzione di personificazione” sfruttandone l'intera potenzialità giuridica.

Questo passaggio, a sua volta, non può che essere strettamente legato al riconoscimento di diritti in capo alla bestia⁴⁶: un giusto processo è la conseguenza logica (nonché assiologica e deontologica) della titolarità di un diritto soggettivo, e, viceversa, quest'ultimo è il presupposto di giustiziabilità delle facoltà che ne costituiscono il contenuto, ed è tale se gode della possibilità di essere tutelato in ambito giurisdizionale.

Non è un caso che, storicamente, i casi registrati di processi agli animali abbiano coinciso con processi *contro* gli animali, il cui esito scontato era la punizione, sulla base di un mancato, preliminare, riconoscimento di diritti sostanziali in capo ad essi, laddove tale carenza determinava la negazione della soggettività animale (EVANS 1906, HYDE 1916, EWALD, 1995, TEUBNER 2015).

Risalgono agli inizi dell'Ottocento i primi tentativi di incoraggiare l'estensione dei diritti soggettivi agli “individui non umani”. Negli anni Settanta del Novecento questa idea viene espressa dal giurista americano Christopher Stone, in termini ancora più radicali, ovvero riferendola a tutte le realtà non umane: a tutte queste realtà deve essere estesa la titolarità dei diritti soggettivi (STONE 1972)⁴⁷.

Non è questa a sede per una rassegna sulle teorie che hanno provato a costruire la titolarità di diritti soggettivi in capo agli animali⁴⁸. Ciò su cui interessa qui soffermarsi sono le *chance* attuative e i possibili esiti di una simile operazione, che potremmo definire di “assimilazionismo integrale”, o “personificazione compiuta”.

Nel far questo, si può partire dalle critiche alle quali la soluzione impostata sulla personificazione degli animali è stata sottoposta. Tra di esse, è da segnalare quella per cui la giuridicizzazione attraverso la personificazione (la quale, a sua volta, implica la “moralizzazione” dell'animale⁴⁹), anziché superare la dicotomia persona/natura, soggetto/oggetto, condurrebbe ad una polarizzazione delle differenze, dovendosi poi arrendere a constatare che le specie selvatiche non possono avere gli stessi diritti della specie umana (SPANÒ 2020, 103-124). La tesi dell'Autore è che l'ingresso, in un ordinamento giuridico, di soggettività che non sono individui sarebbe talmente complessa da risultare impossibile o non auspicabile⁵⁰. La soluzione per tutelare gli animali non umani, si af-

⁴⁶ Soprattutto se si accede a quella accreditata concezione del diritto soggettivo (che trova la sua più compiuta espressione nello schema kelseniano) vincolata all'azionabilità in giudizio. Come noto, sono molte le concezioni del diritto soggettivo, sulle quali non v'è qui modo di soffermarsi e su cui si rimanda a MILAZZO 2012, specialmente 15-52. Mi permetto di rinviare anche a MAGNESCHI 2016, 99-103.

⁴⁷ In questo caso, la molla dell'estensione è la qualità di “esseri senzienti”. Invero, l'idea della “sensitività” come veicolo di diritti appare piuttosto scivolosa, perché si inquadra anch'essa in una concezione dell'essere senziente *tutta umana*, che ha subito troppe interpretazioni diverse per poter essere considerata un criterio rassicurante. Allo stato attuale la qualifica di “essere senziente” utilizzato dalle norme e dai Trattati non costituisce il presupposto per l'attribuzione di diritti: vedi ad es. l'art. 13 del Trattato di Lisbona del 2007, dove tale riconoscimento determina soltanto la meritevolezza dell'attenzione umana (rispetto al loro benessere nelle politiche di alcuni settori, e compatibilmente con disposizioni legislative, amministrative, e consuetudini degli Stati membri). Per un'analisi storica delle varie accezioni dell'aggettivo si rimanda a GUAZZALOCA 2021, specialmente 17-38. Una maggiore solidità sembra avere il criterio del valore intrinseco di tutti gli esseri, che per alcuni studiosi sarebbe quello più valido per estendere la titolarità dei diritti soggettivi a specie non umane. Il riconoscimento di “valore inerente” serve per ritenere quale soggetto di diritto, più in generale, *la natura*, come fanno, per la foresta amazzonica, TAVARES, BIEMANN 2020, ritenendo anch'essa “essere vivente”.

⁴⁸ Per una panoramica specifica sulle teorie del c.d. Rightism, si veda WISE 2005, 349-361.

⁴⁹ Questo “inganno”, per cui si debba essere (assimilati a) persone per essere considerati dal diritto, sarebbe frutto di un tabù morale umano che ritiene esecrabile trattare gli animali alla stregua di *res*. Mentre, al contrario, secondo l'Autore la de-moralizzazione della soggettività sarebbe un momento decisivo per l'efficacia del diritto; fondamentale, da questo punto di vista, resta il contributo di Riccardo Orestano (ORESTANO 1968), volto a mostrare come sia proprio la divisione tra persone e cose del diritto romano a fare leva sulle potenzialità operative tutelanti del diritto. Di enorme interesse per i temi in esame è anche ORESTANO 1960, in cui si affronta la problematica della configurabilità di “diritti senza soggetto”.

⁵⁰ Comporterebbe, afferma l'Autore, una «rettifica complessiva dei termini del dibattito per come lo abbiamo fino-

ferma, non risiede nell'eliminare tale dicotomia, personalizzando questi ultimi, ma nel congegnare strumenti "tecnici" in grado di offrire loro una tutela autentica. Da qui, l'idea di attribuire diritti processuali (le *actiones* di gaiana memoria) senza la necessaria configurazione come soggetti individuali di diritti, e dunque come veri e propri "diritti senza soggetto": si parla di "personificazione procedurale" o di "vantaggi procedurali", offerti da una prospettiva che ridimensiona il "totalitarismo" sostanzialista dei diritti soggettivi per favorirne una appunto procedurale, dove possano trovar spazio anche gli interessi dei "non individui". Si arriva in tal modo a teorizzare una vera e propria "disarticolazione" tra titolarità dei diritti soggettivi e capacità di agire in giudizio: per essere azionato, un diritto non deve necessariamente essere riferito ad un soggetto, e, per trovare tutela, un interesse non deve necessariamente essere elevato a diritto soggettivo (SPANÒ 2020, 122, che si rifà alle tesi di DEMOGUE 1909). Si tratterebbe di una sorta di "esercizio senza godimento", propria della teoria dei "diritti trans-soggettivi" (FEMIA 2019, 8-10).

Sembra, tuttavia, che, posta in termini di forte contrapposizione tra diritto soggettivo/diritto statico e interesse/diritto procedurale, la questione sia mal impostata, proprio per i motivi che abbiamo più volte accennato: credere nella funzione di tutela dei diritti soggettivi non significa escludere la tutela in giudizio, ma anzi, crearne i presupposti. Inoltre, il momento maggiormente complesso dell'inclusione giuridica animale (ancor più del riconoscimento della titolarità formale di diritti) è quello procedurale, popolato da questioni di difficile risoluzione (*in primis* quello della legittimazione attiva). Non si vede, quindi, perché escludere la configurazione "statica" dei diritti se si ammette quella "dinamica".

Inoltre, sembra che, nell'avanzare la conclusione che tale accesso non possa/debba realizzarsi, si sottovaluti il dato fattuale, ossia che il diritto vigente è già arrivato ad includere simili "soggetti": è la tecnica stessa del diritto, prima ancora che la metafisica dei filosofi, ad attuare la "metamorfosi" ("orso problematico", "condanna a morte", etc.) da animale non umano ad animale umano. Semmai, allora, occorre far sì che quella *factio* giuridica non sia solo simbolica, e statica, ma sia dato apprezzarla nei momenti critici della connessione tra la vita animale e quella umana, far sì che il diritto sia davvero strumento di protezione delle vulnerabilità, anziché veicolo di oppressione.

Per raggiungere quest'ultimo obiettivo, però, occorre che il processo di positivizzazione sia accompagnato da una autentica e profonda attenzione al "punto di vista animale", senza la quale l'estensione della personalità giuridica rischia di rimanere un guscio vuoto: la conoscenza della natura del singolo animale *selvatico* può condurre a comprendere quali siano le condizioni nelle quali la sua vita può esprimersi in maniera degna, in modo da non subire limitazioni o carenze che spesso sono anche all'origine di condotte che interferiscono patologicamente con la vita e gli interessi delle persone. Abbiamo messo in luce come politiche di ripopolamento superficiali, che non tengano ad esempio in giusto conto il fabbisogno spaziale degli animali reimpiantati, soprattutto nella prospettiva della (auspicata: questo è il senso del ripopolamento!) riproduzione degli esemplari, conducano ad una insufficienza di spazi e di risorse che li hanno costretti a sconfinare, con i conseguenti danni agli allevamenti e l'exasperazione più che motivata degli allevatori. Il rispetto delle esigenze animali è in grado di raggiungere un buon equilibrio con l'antagonista umano, ed è il presupposto principale per garantire ad entrambe le specie il *diritto a non soffrire* (REGAN 1988, 205) a causa della specie "concorrente". Conoscere le caratteristiche dell'altro da noi è, a sua volta, il passo iniziale di un serio riconoscimento di valore, presupposto di ogni iniziativa normativa⁵¹.

Muovendosi in tale direzione, quindi, sarà inevitabile incrociare una riflessione di senso sui rinnovati obiettivi e percorsi del diritto, alla luce della necessità di includere le specie animali.

ra conosciuto» (SPANÒ 2020, 116).

⁵¹ Si veda, sul punto, COCCOLINI 2012, il quale propone azioni concrete per addivenire a questo risultato.

Una riflessione che non sembra essere ancora avvenuta, da parte del legislatore, perlomeno nella misura che avrebbe meritato.

Del resto, non mi pare che si possa prescindere dalla mediazione del diritto come prodotto *umano* nella relazione tra essere umano ed animale, dal paradigma di uno “stato di diritto” che difficilmente può essere epurato della prospettiva antropocentrica propria del suo artefice⁵². D’altro canto, sembra ormai essersi esaurito lo spazio per pensare ad una relazione animale umano-animale non umano che prescinde dal diritto, affidata al paradigma di un novello “stato di natura”⁵³. È invece possibile costruire, attraverso il diritto, una relazione *naturale* in senso nuovo, tra specie umana e specie selvatica: non più incentrata sulle dinamiche di soccombenza/prevalenza, né affidata ad un diritto che non tiene in minimo conto il punto di vista animale, ma guidata dalla conoscenza delle esigenze reciproche e dal risultato ambizioso del rispetto del *diritto alla vita* sia umana che animale al pari livello, con il medesimo tenore. Si tratta di un modo nuovo, “aggiornato”, di intendere l’aggettivo “naturale”, come sinonimo di “rispettoso della vulnerabilità reciproca”.

Come si è detto più volte, del diritto umano vigente stupisce soprattutto l’ambiguità con la quale opera rispetto alla gestione degli animali selvatici protetti: forse anche con l’intento di “riscattarsi” da prassi che hanno impoverito e decimato il regno animale, l’essere umano seleziona alcune specie selvatiche per destinarle ad un regime di immunità, ma che consente ampie deroghe quando esse, al di là delle cause che ne provocano la reazione, palesano la propria pericolosità. In questo senso, il diritto è funzionale al mantenimento del ruolo umano di *padrone* del regno animale: si manifesta proprio quando c’è bisogno di giustificare l’atto che è sempre quello dell’ordine antico, l’uccisione. L’ambiguità evidenziata segnala una profonda ingiustizia, consistente nello snaturamento preteso dall’animale (“sei selvatico ma se non ti comporti in modi ‘civili’ ho il diritto di sopprimerti”).

La circostanza che queste normative prevedano un allentamento del regime di protezione, proprio in casi di palesamento della selvaticità, porta a pensare che si investa la bestia delle aspettative di “civiltà” proprie di un essere umano; del resto, proprio attraverso questa “finzione” le si possono ascrivere i doveri propri di un consorzio civile, ovvero quelli di non nuocere al prossimo, pena l’applicazione di una sanzione più o meno grave.

La chiave per comprendere tali ambiguità pare peraltro ritrovarsi proprio nella logica insita nella categoria di ‘soggettività giuridica’ e nei tentativi, comprensibili da un lato ma produttivi di effetti collaterali dall’altro, di mutuarla per trattare gli animali *giuridicamente*⁵⁴: se gli animali

⁵² Per alcuni, la constatazione del carattere autoreferenziale del diritto umano porta a concludere che i *legal rights* non possano essere estesi a soggetti non umani (cfr. PASSMORE 1986, 125).

⁵³ Peraltro difficile da configurare, e probabilmente destinato a rimanere imprigionato nell’interrogativo sull’opportunità di continuare a definire “naturale” una relazione che, oggigiorno, è completamente sproporzionata: se possiamo facilmente concordare sull’utilizzo dell’aggettivo “naturale” per descrivere l’interazione essere umano-animale in un contesto in cui essi si scontrano ad armi pari, ciascuno contando sulla propria forza, è lecito chiedersi se sia altrettanto pacifico definirla tale in un contesto in cui l’animale-uomo ha potenziato le proprie capacità di produrre artifici (es: un fucile, un forte anestetico o anche l’ordinanza sanzionatoria) al punto tale che si è ormai creata una presunzione assoluta di potere dell’uomo sull’animale. Di qui, è anche lecito chiedersi se sia ancora plausibile impostare la relazione uomo-animale in termini puramente *naturalistici*? Una risposta affermativa potrebbe certo interpretare il nuovo assetto di forze semplicemente come l’aggiornamento “evolutivo” (e dunque pur sempre naturale) dell’equilibrio tra forze. La risposta negativa potrebbe invece opinare che l’enorme disparità di mezzi e forze (di cui fa parte anche lo strumento giuridico-sanzionatorio) oggi esistente tra uomo e animale non consenta più di intendere la relazione suddetta come “naturale. C’è anche da dar conto del fatto che, secondo alcuni, questo interrogativo non andrebbe posto, poiché «la “natura” è essa stessa un “artificio”, prodotta e mobilitata dal discorso dei giuristi con l’obiettivo di compiere manovre giuridiche specifiche» (SPANÒ 2020, 108). Sul tema della artificialità della natura/ecologia del diritto si veda anche la bibliografia ivi indicata, in particolare IRTI 2013, MATTEI, QUARTA 2018.

⁵⁴ I primi tentativi di inquadrare gli animali tra i “soggetti di diritto” non appaiono eccessivamente “preoccupati” – come è naturale che sia, e come è sovente accaduto, in fasi storiche *rivendicative di diritti* – dei *side effects* della titolarità dei diritti in capo agli animali, ovvero della contropartita in termini di doveri (o meglio ancora, di obblighi

sono passati dall'essere considerati mere *res* all'essere inquadrati anch'essi come "soggetti di diritto"⁵⁵, ciò può significare proiettare sull'animale la capacità di essere titolare di situazioni giuridiche soggettive, attive o passive, ovvero non solo di poter godere di diritti ma anche di essere destinatari/titolari di obblighi.

Tuttavia, quello che avviene è per l'appunto una finzione, che la categoria "soggettività" sembra incarnare tipicamente: per estendersi all'ambito animale, il diritto ha bisogno di fingere che le fiere agiscano con impulsi e consapevolezze umane, e dunque profondamente diverse da quelle insite nella loro natura. In altre parole, considerarle umane, se il regime di protezione loro accordato è giustificato dalla natura selvatica, ha come conseguenza che il mantenimento delle prerogative (*i.e.* i diritti) in cui tale regime consiste (primo tra tutti la conservazione, leggi: non soppressione) è subordinato al mantenimento di condotte "umane" (*i.e.* gli obblighi).

D'altronde, è facilmente constatabile che molti degli effetti del diritto "umano" abbiano conseguenze non solo su coloro per i quali quel diritto viene prodotto, ma anche e soprattutto sull'ambiente in cui gli esseri umani vivono (risorse naturali, ecosistema, flora, fauna, atmosfera, ecc.). Il diritto umano, però, è "colpevole" di non accettare le estreme conseguenze cui la finzione giuridica della personificazione dovrebbe condurre, prima tra tutte la possibilità, per l'animale, di essere rappresentato in giudizio. In effetti, uno degli aspetti principali che rendono ingiusta e non funzionale l'estensione di un diritto "umano" agli animali è proprio l'assenza, per l'animale condannato, di un giusto processo. Infatti, se l'ordinamento umano esteso costruisce la propria legittimazione nei confronti degli animali selvatici sull'analogia persona-animale, nell'assimilabilità di caratteri e di aspettative, è lecito attendersi che la sorte animale (leggi: la punibilità) sia affidata agli stessi meccanismi e agli stessi presupposti che valgono per l'essere umano. Se la scelta del legislatore è quella di trasportare nel mondo animale le categorie giuridiche "antropomorfe", che sono i tasselli di una procedimentalizzazione del rapporto specie umana – specie selvatica, tale giuridicizzazione non può essere "tronca", ma deve compiersi integralmente:

«prima di stabilire se M100, o N15 (dalla angolazione antropomorfa prescelta, almeno si riconosca all'orso il diritto al nome!) abbia commesso un solo danno o più danni; se sia orso "dannoso" oppure orso "pericoloso"; se, pur senza essere orso "dannoso" né "pericoloso", si trovi in una "situazione critica" (come tale legittimante l'attivazione del Piano), bisognerebbe incardinare se non un processo, quantomeno un procedimento, garantendo il contraddittorio in udienza pubblica, la produzione di consulenze di parte, e così via. Ma, innanzi tutto, l'assistenza di un difensore» (FONDAROLI 2014, 4).

Non c'è dubbio che un diritto che si proponga il superamento della contrapposizione fattuale specie umana-specie selvatica sia chiamato ad abbandonare le ambiguità fin qui segnalate, e il "compimento" della personificazione appare strettamente legato proprio alla titolarità di diritti

giuridici). Questi tentativi sembrano animati soprattutto da un atteggiamento di fondo compassionevole e da quella «pietà verso gli animali» (nonché da una certa fiducia nel progresso) che portava nel 1926 un filosofo come Piero Martinetti a scrivere che gli uomini arriveranno prima o poi a riconoscere «che vi è fra tutte le creature un rapporto ed un'obbligazione vicendevole ed estenderanno, senza sforzo, a tutti gli esseri viventi quei sensi di carità e di giustizia, che ora considerano come dovuti soltanto agli uomini» (MARTINETTI 1999 [1926], 296). Se qui l'appello alla *giustizia* sembra ancora verosimilmente contraddistinto da una prospettiva morale, prima ancora che giuridica, è con il saggio fondamentale di Cesare Goretti (GORETTI 1928), che la prospettiva più specificamente *giuridica* della "soggettività" viene fatta emergere e trattata in riferimento agli animali. Goretti, peraltro, riconosce il fondamento di tale soggettività in una "coscienza giuridica", una sorta di naturale propensione per il "giuridico", ovvero per la sfera normativa dei rapporti intersoggettivi, che caratterizzerebbe uomini e animali insieme.

⁵⁵ Una sintesi efficace di questo percorso, che parte dalle previsioni codicistiche dell'animale come bene-cosa-oggetto di diritti fino ad arrivare alle più recenti acquisizioni del dibattito e della legislazione sui diritti degli animali, è tracciata da RESCIGNO 2005. Si vedano altresì, con interessanti rilievi critici, SPOTO 2018, nonché, in punto di diritto, MARTINI 2017 e DE TORRES PEREA 2020 (che pone in risalto e analizza criticamente il concetto di "dignità" nel dibattito sullo statuto giuridico degli animali).

in capo alla specie selvatica, i quali devono essere costruiti a partire da un'attenzione accurata alla loro *natura*.

6. Riflessioni conclusive

Come si è visto, la relazione tra animali umani ed animali non umani non pare ormai poter più essere affidata esclusivamente alla dimensione pre-giuridica, secondo il modello dello “stato di natura” classico. Altrimenti detto, «il dominio sugli animali non umani con il suo nocciolo di sfruttamento, umiliazioni e violenze non è più un dato di fatto “naturale”, estromesso dal campo di ciò che si struttura socialmente e si evolve culturalmente» (GRIONI MERLI 2020, 79). Parimenti insoddisfacente appare l'affidamento a quello “stato di diritto” inteso come rapporto mediato da un diritto esclusivamente antropocentrico. Risulta d'altronde irrealistico negare che la ragion d'essere principale del diritto sia la preservazione della sopravvivenza umana: il vizio antropocentrico è originario, fonda e caratterizza il *pactum societatis*, pena la dissolvenza dell'ordinamento stesso⁵⁶.

E tuttavia, se immaginare una forma di diritto non concepita su base “antropica” appare impresa assai ardua⁵⁷ (il diritto è e rimarrà un artificio *umano*, la natura animale non possono esprimercela gli animali stessi, siamo noi a indagarla, a raccontarla, e a consegnarla al diritto, ancora una volta con i nostri riferimenti culturali, ontologici...), si può immaginare una terza via, che potremmo denominare come “stato di reciproco riconoscimento e convivenza”, che fa spazio ad diritto realmente protettivo delle vulnerabilità non umane.

A tale scopo, per quanto si è detto sin qui, non sarà sufficiente quell’“antropocentrismo illuminato” (BATTAGLIA 1997, 49) proprio dell’etica della responsabilità che riconosce gli animali come degni di rispetto, in virtù di una graziosa, quanto estemporanea, concessione. Occorrerà, piuttosto, che l'ordinamento assuma fino in fondo la responsabilità della personificazione, attribuendo loro veri e propri diritti. Paradossalmente, è proprio portando alle sue logiche ed estreme conseguenze la logica antropocentrica (la persona umana come prototipo di qualsiasi centro di imputazione giuridica), e la finzione di personificazione che ne è la conseguenza, che si può sperare di estendere la protezione giuridica a soggettività non umane. Con una fondamentale precisazione: l'immedesimazione, da parte del legislatore, nel “punto di vista animale”, consentita dalla conoscenza approfondita dei vari esemplari. Si è avuto infatti modo di vedere, con l'analisi delle norme e delle prassi che disciplinano il trattamento degli animali selvatici, come un diritto umano che parte dalla concezione suprematista della specie umana sia sordo e cieco rispetto alle naturali esigenze della specie animale, e non sia realmente in grado di rispettare la loro dignità e il loro benessere.

Al tempo stesso, non può essere taciuta – e merita anzi un tentativo di integrazione nello schema più propriamente “giuridico” – la prospettiva di tipo etico-morale secondo cui l'attribuzione dei diritti a specie diverse da quella tradizionalmente umana non comporta per quest'ultima una riduzione del carico di responsabilità nei confronti dei “nuovi” titolari dei diritti, ma anzi, ne amplifica la portata, proprio perché quella attribuzione è un atto che implica, generandolo, un *riconoscimento* (tra specie) che non può non chiamare in causa le categorie del dovere, della fiducia, della responsabilità⁵⁸. Come ha scritto Elizabeth Wolgast: «Invocare un

⁵⁶ Pienamente condivisibili le conclusioni alle quali giunge Michele Grioni Merli: «Forse dobbiamo accontentarci di una liberazione animale che non può che passare dall'iniziativa umana; eppure un discorso di questo tipo può aprire degli spazi per una riflessione normativa che travalichi l'etica e che si concretizzi nell'agone pubblico del confronto politico. Non esiste un “fuori” dalle logiche antropocentriche, ma possiamo ambire ad essere “dentro e contro”» (GRIONI MERLI 2020, 80).

⁵⁷ In quest'ottica appare interessante la prospettiva avanzata in PISANÒ 2012, ove si analizza criticamente la possibilità di impiegare categorie giuridiche, come quella dei diritti, in relazione agli animali e all'ambiente.

⁵⁸ Sulla dimensione fiduciaria del/nel diritto si veda GRECO 2021.

diritto è [...] spesso un mezzo per evitare di attribuire responsabilità a qualcuno in posizione di forza e di controllo» (WOLGAST 1991 [1987], 53).

Peraltro, sappiamo ormai bene quanto la connessione tra il benessere animale e quello umano sia stretta. Ce lo ha dimostrato, da ultimo, la pandemia da Covid-19, almeno secondo l'accreditata teoria che il virus abbia originato dalle condizioni igienico-sanitarie nelle quali venivano tenute alcune specie animali, destinate al consumo umano⁵⁹. Lo stesso vale per ogni altro essere vivente: il benessere non si dà se non in una prospettiva olistica.

Dunque, sembra questo lo sforzo da compiere, in un'attualità che presenta improrogabilmente il conto di un vissuto ove l'essere umano ha pensato ed agito in maniera scissa dagli altri esseri, animali, vegetali, di cui si forma il pianeta, e scissa anche dalle proprie componenti più naturali. Agire ignorando le ripercussioni sul resto delle specie è una cosa sola con l'agire ignorando la propria condizione di essere naturale, profondamente connesso e interdependente da ogni singola particella dell'ambiente in cui si è immersi. Occorre recuperare quell'etica della natura di cui parla, tra gli altri, Enrico Alleva. Occorre incoraggiare la cultura della convivenza che può significare anche conoscenza del pericolo e rafforzamento della prevenzione.

L'atto di riconoscere valore in quanto persona è effettivamente esso stesso un compromesso reso necessario dalla ineludibile autoreferenzialità umana. Si tratta, tuttavia, di un difetto accettabile se compensato da uno sforzo autentico di conoscenza e di immedesimazione⁶⁰. Positivizzare la titolarità di diritti soggettivi per gli animali selvatici è il presupposto per riconoscere la loro legittimazione processuale – attiva e passiva – di modo che qualsiasi provvedimento inerente uno di essi debba necessariamente prevedere il contraddittorio con l'animale protagonista (ovviamente tramite una rappresentante “d'ufficio”), pena l'invalidità del procedimento decisionale e del provvedimento che ne costituisce l'epilogo. Valorizzare il diritto soggettivo come veicolo di giustizia significa infatti potenziare anche l'aspetto procedimentale: proprio in quanto titolare di diritti *azionabili*, l'animale selvatico deve essere parte all'eventuale procedimento sanzionatorio a suo carico.

Credo che il presente lavoro restituisca la sensazione di una forte precarietà del confine tra animale umano e animale non umano. Una precarietà data dall'incertezza di un diritto che non sa né includere né escludere l'animale selvatico dalla propria comunità; una precarietà data dal non sapere quale animale può essere amico dell'essere umano, e in quali circostanze, l'incertezza se comprendere ed assecondare gli istinti dei nostri “amici” animali, o riaffermare la nostra superiorità e il nostro potere per schiacciare i “nemici” animali. Una precarietà che pare scaturire, a monte, da un'incertezza ancora più grande: quella dell'essere umano davanti a sé stesso, bloccato tra il richiamo di una natura ancestrale da rivalutare, e il *comfort* delle conquiste di civiltà che lo portano ad allontanarsi da quest'ultima. Dunque, se è estremamente difficile immaginarsi oggi come esseri la cui componente umana non sia separata da quella naturale (leggi anche non-umana, leggi anche animale), altrettanto complesso è riflettere sulle cause di tale separazione, poiché conduce ad una introspezione dove il “civile” e l'istintivo sono in forte conflitto⁶¹. Con

⁵⁹ Per una riflessione sul rapporto tra persone ed animali, mediata dal diritto, alla luce della pandemia da Covid-19 mi permetto di rinviare a BELLONI, MAGNESCHI 2020, 90 ss.

⁶⁰ La soluzione proposta incontra, indubbiamente, difficoltà applicative ancora maggiori quando oggetti di tutela siano enti naturali molto difficilmente individualizzabili, e dunque personificabili, come gli ecosistemi, gli ambienti vitali, come bacini idrici, catene montuose, coste, mari (DESCOLA, 2015), o i c.d. “collettivi non entificati” (SPANÒ 2020, 120), riferibili piuttosto a fasci di relazioni e connessioni (delicatissime) tra elementi.

⁶¹ Come è stato osservato: «La divisione della vita in vegetale e di relazione, organica e animale, animale e umana passa dunque, soprattutto, dall'interiorità dell'uomo vivente come frontiera mobile; e senza questa intima separazione, probabilmente non sarebbe possibile la decisione stessa su ciò che è umano e ciò che non lo è. È possibile unicamente opporre l'uomo agli altri viventi e, allo stesso tempo, organizzare la complessa – e non sempre edificante – economia delle relazioni tra uomini e animali, perché qualcosa come la vita animale è stata separata all'interno dell'uomo, perché la distanza e la vicinanza con l'animale sono state mediate e riconosciute soprattutto nel più in-

altre parole, si è detto che «qualsiasi tematizzazione del rapporto tra l'uomo e l'animale non può prescindere dalla consapevolezza critica di chi siamo e da dove veniamo» (DE MORI 2007, 10).

Per concludere, si può osservare come uno degli orizzonti più interessanti verso i quali la presente riflessione possa guardare sia quello di un difficile ripensamento sulla collocazione dell'essere umano nel mondo. Un ripensamento che forse in qualche misura è già in atto: le sollecitazioni provenienti dai movimenti spontanei che manifestano problematizzando i cambiamenti climatici, ad esempio, invocano una nuova relazione tra la specie umana e la natura, suggerendo un riassetto delle priorità e dei valori, e ponendo in seria discussione quel "totalitarismo antropocentrico" che da secoli decide le sorti del mondo (PORCIELLO 2022).

Anche la c.d. "giustizia ecologica" sta apportando significativi contributi in questo senso. Il suo sviluppo e la sua fioritura testimoniano che il concetto stesso di giustizia non può non dilatarsi ad accogliere, come tema centrale, il fragile equilibrio tra soddisfacimento dei bisogni umani e rispetto degli ecosistemi (NUSSBAUM 2006, MAESTRI 2016, MENGA 2021, PORCIELLO 2022, PISANÒ 2022).

In questo cambiamento è inevitabile pensare a nuovi limiti delle azioni umane, proprio per preservare/ripristinare l'integrità del patrimonio naturale, o quantomeno per non esaurirla irreversibilmente; allo stesso tempo, però, all'essere umano si offre una occasione inedita: quella di riappropriarsi di un dialogo con il mondo naturale che, a sua volta, non può che essere il riflesso di un dialogo interiore, con parti ancestrali e meno addomesticate di sé stessi (si direbbe, con ciò che di animale alberga nell'essere umano)⁶².

È calzante, in questa riflessione, la visione dei filosofi canadesi Sue Donaldson e Will Kymlicka (DONALDSON, KYMLICKA 2013), di una città intesa non più come "monocoltura di uomini" ma come "comunità mista": ad essere modificato è il modo stesso di intendere il concetto di cittadinanza, fino ad includere anche gli animali (POCAR 1998, 106-107). Le implicazioni sono chiare: a sua volta, come noto, il concetto di cittadinanza moderno rinvia alla titolarità di diritti e doveri.

In uno scenario di questo tipo il diritto dovrà, giocoforza, adeguarsi alle nuove istanze, con forme che non è dato facilmente prevedere, ma a partire da mentalità e prospettive etiche almeno in parte rifondate.

timo e vicino». E ancora: «Però, se questo è vero, se la separazione tra umano e animale passa soprattutto dall'interiorità dell'uomo, allora la questione dell'uomo – e dell'"umanesimo" – deve essere formulata in termini nuovi [...]. Lavorare su queste divisioni, domandarsi in che modo – nell'uomo – l'uomo è stato separato dal non-uomo e l'animale dall'umano è più urgente che prendere posizione sulle grandi questioni, su determinati valori e diritti umani» (AGAMBEN 2002, 35).

⁶² Cfr. in tal senso DERRIDA 2006.

Riferimenti bibliografici

- AGAMBEN G. 2002. *L'aperto. L'uomo e l'animale*, Bollati Boringhieri.
- BATTAGLIA L. 1997. *Etica e diritti degli animali*, Laterza.
- BELLONI I. 2020. *Pericolose soggettività. Uomini e animali tra diritti e discipline*, in «Etica & Politica / Ethics & Politics», XXII/3, 2020, 381 ss.
- BELLONI I., MAGNESCHI C. 2020. *Derecho Salvaje. Hombre y animales entre estado de naturaleza y civilización jurídica*, Reus.
- BELTRÁN CASTELLANOS J. M. 2018. *Fauna exótica invasora*, Editorial Reus.
- BUTCHER R. 1999. *Perros peligrosos*, in «Animalia», 106, 1999, 36 ss.
- CASILLI S. 2022. *La difficile convivenza tra creature umane e non umane*, in «Giustizia Insieme», 30 marzo 2022, disponibile in <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/2264-la-difficile-convivenza-tra-creature-umane-e-non-umane-il-caso-dell-orso-m57-e-la-motivazione-dei-provvedimenti-contingibili-e-urgenti-nota-a-consiglio-di-stato-sezione-terza-3-novembre-2021-n-7366> (consultato il 3 aprile 2022).
- CAVALIERI P. 1999. *La questione animale. Per una teoria allargata dei diritti umani*, Bollati Boringhieri.
- COCCOLINI G. 2021. *Insieme nell'arca*, Città Nuova.
- COLOMBO R. (ed.) 2020. *Anti-speciesism between science and law* di Etica & Politica / Ethics & Politics, XXII/1.
- COMBA E., ORMEZZANO D. (eds.) 2015. *Uomini e orsi. Morfologia del selvaggio*, Accademia University Press.
- D'ADDOSIO C. 1892. *Bestie delinquenti*, Luigi Pierro Editore.
- DE MORI B. 2007. *Che cos'è la bioetica animale*, Carocci.
- DE TORRES PEREA J. M. 2020. *El nuevo estatuto jurídico de los animales en el Derecho Civil: de su cosificación a su reconocimiento como seres sensibles*, Reus editorial.
- DEMOGUE R. 1909. *La notion de sujet de droit. Caractère et conséquences*, Sirey.
- DERRIDA J. 2006. *L'animal que donc je suis*, Éditions Galilée.
- DESCOLA P. 2015. *Humain, trop humain*, in «Esprit», dicembre 2015, disponibile in: <https://esprit.presse.fr/article/philippe-descola/humain-trop-humain-38537> (consultato il 9 aprile 2022).
- DONALDSON S., KYMLICKA W. 2013. *Zoopolis. A Political Theory of Animal Rights*, Oxford University Press.
- EVANS E. P. 1906. *The Criminal Prosecution and Capital Punishment of Animals. The Lost History of Europe's Animal Trails*, Dutton.
- EWALD W. 1995. *Comparative Jurisprudence (I): What Was it Like to Try a Rat?*, in «University of Pennsylvania Law Review», 143, 1995, 1898 ss.
- FEMIA P. 2019. *Il civile senso dell'autonomia*, in «The Cardozo Electronic Law Bulletin», 25, 2019, 1 ss.
- FONDAROLI D. 2014. *Le nuove frontiere della colpa d'autore: l'orso 'problematico'*, in «Archivio Penale», 3, 2014, 1 ss.
- FRANCIS R. C. 2019. *En manos humanas. El papel de la domesticación en la evolución de las especies*, RBA.
- GENSINI S. 2020. *La voce e il logos. Filosofie dell'animalità nella storia delle idee*, Edizioni ETS.
- GORETTI C. 1928. *L'animale quale soggetto di diritto*, in «Rivista di filosofia», 19, 1928, 348 ss.

- GRECO T. 2021. *La legge della fiducia*, Laterza.
- GRIONI MERLI M. 2020. *Per una liberazione animale?*, in «Etica & Politica / Ethics & Politics», XXII/1, 2020, 67 ss.
- GUAZZALOCA G. 2021. *Uomini e animali. Breve storia di una relazione complicata*, il Mulino.
- HYDE W. W. 1916. *The Prosecution and Punishment of Animals and Lifeless Things in the Middle Ages and Modern Times*, in «University of Pennsylvania Law Review», 64, 1916, 706 ss.
- IRTI N. 2013. *L'uso giuridico della natura*, Laterza.
- IUCN 2005. *Benefits beyond boundaries. Proceedings of the Vth IUCN World Parks Congress*, IUCN.
- IUCN 2020. *Position Statement on the Menagement of Human-Wildlife Conflict*, disponibile al seguente indirizzo: https://www.hwctf.org/files/ugd/7acc16_df35c11aaf9c460894f26a5cd5f1a5b9.pdf (consultato il 10 maggio 2022).
- MAESTRI E. 2016. *Giustizia ecologica. Un confronto tra la teoria di Rawls e la teoria di Nussbaum*, in «Diritto e Questioni pubbliche», 1, 2016, 149 ss.
- MAGNESCHI C. 2016. *La rinuncia ai diritti e il dovere di sussistenza nella genesi del diritto soggettivo*, in BELLONI I., GRECO T., MILAZZO L. (eds.), *Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica*, vol. II. *La prospettiva filosofica. Teorie dei diritti e questioni di fine vita*, Giappichelli, 97 ss.
- MARTINETTI P. 1999. *La psiche degli animali*, in DI CHIARA A. (ed.), *Pietà verso gli animali*, il Melangolo (ed. or. 1926), 151 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., QUARTA A. 2018. *Punto di svolta. Ecologia, tecnologia e diritto privato. Dal capitale ai beni comuni*, Aboca.
- MENGA F. 2021. *Etica intergenerazionale*, Editrice Morcelliana.
- MILAZZO L. 2012. *La teoria dei diritti di Francisco de Vitoria*, Edizioni ETS.
- NUSSBAUM M.C. 2006. *Le nuove frontiere della giustizia. Disabilità, nazionalità, appartenenza di specie*, il Mulino.
- ORESTANO R. 1960. *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in «Jus», II, 1960, I ss.
- ORESTANO R. 1968. *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, I, Giappichelli.
- PASSMORE J. 1986. *La nostra responsabilità per la natura*, Feltrinelli.
- PÉREZ MONGUIÓ J. M. 2000. *Régimen jurídico de los animales potencialmente peligrosos y de compañía*, Tecnos.
- PÉREZ MONGUIÓ J. M. 2002. *Los animales potencialmente peligrosos: de la alma social a un peligroso olvido*, in «Animalia», 140, 2002, 64 ss.
- PISANÒ A. 2012. *Diritti deumanizzati. Animali, ambiente, generazioni future, specie umana*, Giuffrè.
- PISANÒ A. 2022. *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, Edizioni Scientifiche Italiane.
- POCAR V. 1998. *Gli animali non umani. Per una sociologia dei diritti*, Laterza.
- POCAR V. 2013. *Specismi. Tra morale e politica*, in ANDREOZZI M., CASTIGNONE S., MASSARO A. (eds.), *Emotività animali. Ricerche e discipline a confronto*, LEL - Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 89 ss.
- POCAR V. 2020. *Oltre lo specismo. Scritti per i diritti degli animali*, Mimesis Edizioni.

- POOLEY S., BHATIA S., VASAVA A. 2020. *Rethinking the study of human wildlife coexistence*, in «Conservation Biology», disponibile al seguente indirizzo: <https://conbio.onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/cobi.13653> (consultato il 10 aprile 2022).
- PORCIELLO A. 2022. *Filosofia dell'ambiente. Ontologia, etica, diritto*, Carocci.
- REGAN T. 1988. *Il diritto di vivere*, in CASTIGNONE S. (ed.), *I diritti degli animali. Prospettive bioetiche e giuridiche*, il Mulino (ed. or. 1985), 189 ss.
- REGAN T. 1990. *I diritti animali*, Garzanti (ed. or. 1983).
- RESCIGNO F. 2005. *I Diritti Degli Animali. Da Res A Soggetti*, Giappichelli.
- SERNA P. 2019. *L'animale e la Repubblica. 1789-1802, alle origini dei diritti delle bestie*, Mimesis.
- SINGER P. 2010. *Liberazione animale, Il saggiaiore* (ed. or. 1975).
- SPANÒ M. 2020. «Perché non rendi poi quel che prometti allora?». *Tecniche e ideologie della giuridificazione della natura*, in THOMAS Y., CHIFFOLEAU J., *L'istituzione della natura*, Quodlibet, 103 ss.
- SPOTO G. 2018. *Il dibattito sulla soggettività giuridica degli animali e il sistema delle tutele*, in «Cultura e diritti. Per una formazione giuridica», 1/2, 2018, 61 ss.
- STONE C. 1972. *Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects*, in «Southern California Law Review», 45, 1972, 450 ss.
- TAVARES P., BIEMANN U. 2020. *Forest Law/Foresta giuridica*, Nottetempo.
- TEUBNER, G. 2015. *Ibridi ed attanti. Attori collettivi ed enti non umani nella società e nel diritto*, Mimesis.
- WISE S.M. 2005. *Animal Rights, One Step at a Time*, in SUNSTEIN C.R., NUSSBAUM M.C. (eds.), *Animal Rights. Current Debates and New Direction*, Oxford University Press, 349 ss.
- WOLGAST E. 1991. *Wrong Rights*, in Id., *The grammar of Justice*, Cornell University Press, Ithaca (ed. or. 1987).
- ZIBORDI F. 2006. *Uccisione dell'orso Jj1 in Baviera*, in «Rivista di agraria.org», 21, 2006, disponibile in: <https://www.rivistadiagraria.org/articoli/anno-2006/uccisione-dellorso-jj1-in-baviera/> (consultato il 12 aprile).

ARGOMENTI PRO E CONTRO LA LEGALIZZAZIONE DELLA GESTAZIONE PER ALTRI

GIORGIO MANIACI



Argomenti pro e contro la legalizzazione della gestazione per altri

Arguments for and against the legalisation of surrogacy

GIORGIO MANIACI

Professore associato, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli studi di Palermo.
E-mail: giorgio.maniaci@unipa.it

ABSTRACT

In questo articolo, analizzo gli argomenti principali in favore e contro la legalizzazione della gestazione per altri commerciale, in particolare l'argomento del valore dell'autonomia individuale, l'argomento perfezionista, quello lato sensu comunitarista, quello della mercificazione e quello secondo cui la pratica contrattuale della maternità surrogata sia intrinsecamente maschilista

In this article, I analyse the main arguments for and against the legalisation of commercial surrogacy, in particular the argument concerning the value of individual autonomy, the perfectionist argument, the communitarist argument, the commodification argument, and the argument according to which the contractual practice of surrogacy is intrinsically male chauvinistic.

KEYWORDS

gestazione per altri, autonomia individuale, mercificazione

surrogacy, individual autonomy, commodification

Argomenti pro e contro la legalizzazione della gestazione per altri

GIORGIO MANIACI

1. *Introduzione* – 2. *Argomenti in favore della gestazione per altri* – 3. *Classici argomenti contro l'autonomia individuale* – 4. *Il diritto alla genitorialità* – 5. *Argomento della mercificazione* – 5.1. *Seconda obiezione* – 5.2. *Terza obiezione* – 5.3. *Quarta obiezione* – 6. *La maternità surrogata è una pratica maschilista?* – 7. *Danni ai bambini* – 8. *Il problema dell'exploitation.*

Juno, madre biologica: “E poi, venuto dal nulla, eccolo lì. Lui era lì (...). Bleeker [il padre] ha deciso che non voleva vedere il bambino. Neanche io ho voluto vederlo. Davvero, non ci sembrava nostro. Credo che sia sempre stato suo [della madre adottiva]”.
Vanessa, madre ricevente o adottiva, prende in braccio il bambino: “Come sto?”. Madre di Juno: “Come una neomamma, spaventata a morte”

(*Juno*, di Jason Reitman, 2007)

È come guidare la macchina. Quegli ostili imbecilli belligeranti prendono tutti la patente. Invece per fare figli non serve la patente, non devi provare niente. Serve la licenza per pescare, serve la licenza per fare il barbiere, serve la licenza per vendere hot dogs, e uno legge di quei poveri bambini picchiati e affamati e si domanda, ma perché a quei genitori è stato permesso di metterli al mondo...

(*Basta che funzioni*, di Woody Allen, 2009)

1. *Introduzione*

Prima di analizzare gli argomenti pro e contro la gestazione per altri (gpa) a titolo oneroso (mi occuperò soltanto di quella che prevede un corrispettivo), detta anche maternità surrogata (userò i due termini come sinonimi), devo effettuare una premessa generale. Questo articolo sarà in linea di massima un articolo di etica normativa. Gli argomenti utilizzati e la bibliografia saranno coerenti con questo scopo. Dunque, non è compito principale di questo lavoro effettuare una disamina comparatista dei vari contratti di gestazione per altri leciti o illeciti nel mondo. Né mi preoccuperò, dal punto di vista del diritto positivo, italiano o straniero, della giurisprudenza della nostra Corte costituzionale e della CEDU. Ciò detto dobbiamo premettere cosa si intenda con gestazione per altri a titolo oneroso: si tratta di una pratica contrattuale in base alla quale una donna, la madre biologica, porta avanti una gravidanza e rinuncia dopo il parto ai diritti sul bambino, consegnandolo, in cambio di un corrispettivo, alla coppia contraente o committente, spesso, ma non necessariamente, una coppia con problemi di sterilità.

Come dice Pozzolo, ma non è un suo pensiero particolare, piuttosto un elenco che si può trovare in qualsiasi manuale di bioetica,

«occorre distinguere fra GPA tradizionale e gestazionale. Mentre nella *prima*, [che non è più molto utilizzata], viene fecondato l'ovocita della madre biologica con lo sperma del padre biologico e intenzionale (questa pratica può prevedere una fecondazione in vitro (IVF) ma non necessariamente), in quella *gestazionale* si possono distinguere vari casi:

1. la madre biologica sviluppa la gravidanza di un embrione fecondato del quale i genitori committenti o riceventi (che stipulano il contratto) sono anche i genitori genetici [caso infrequente];

2. nella madre biologica viene impiantato l'ovulo di una terza donna, fecondato con lo sperma del solo padre genetico e committente (ricevente). La madre committente o ricevente avrà solo un legame sociale [caso più frequente];
3. nella madre biologica viene impiantato l'ovulo della madre intenzionale (ricevente), fecondato con lo sperma di un secondo uomo. Il padre committente e ricevente avrà solo un legame sociale (caso piuttosto raro);
4. la madre biologica porta avanti una gravidanza con l'ovulo di una terza donna, fecondato con lo sperma di un secondo uomo. Entrambi i genitori avranno solo un legame sociale»¹.

Sarebbe importante sottolineare che, come per altri atti di disposizione del proprio corpo importanti e irreversibili, come l'interruzione di gravidanza, l'eutanasia o il suicidio assistito, il cambiamento di genere sessuale, la sterilizzazione volontaria, è opportuno, secondo me, prevedere una procedura di accompagnamento alla decisione, come un colloquio con un medico e con un avvocato, individuato dall'associazione no profit o dall'ente pubblico che fa da intermediario, attraverso la quale si informa la futura madre surrogata dei suoi diritti e obblighi, di quali clausole contrattuali sono legali, delle esperienze statisticamente rilevanti delle altre madri surrogate², dei rischi, come disagi e malattie (che analizzo più avanti) che possono essere una conseguenza della gravidanza³. La procedura di accompagnamento alla decisione normalmente prevede anche l'accertamento di alcuni requisiti del consenso, come la razionalità, la capacità di intendere e volere, la libertà da pressioni coercitive. E, come abbiamo visto la conoscenza dei fatti rilevanti.

2. Argomenti in favore della gestazione per altri

Gli argomenti più importanti che si possono addurre in favore della gestazione per altri sono due e sono ben noti. Da un lato, vi è l'importanza del valore dell'autonomia individuale, il diritto di ciascuno di vivere la propria vita, nei limiti umanamente possibili, in accordo con i propri valori, desideri, progetti, concezioni filosofiche e religiose. Valore tutelato da una concezione liberale o antipaternalista⁴. Dall'altro lato, il diritto alla genitorialità soprattutto delle coppie in-

¹ POZZOLO 2016a, 56.

² Cfr. DAMELIO, SORENSEN 2008, 270 e 277.

³ FABRE 2006, 218-219. Non concordo con l'idea, espressa da alcuni autori, secondo la quale se il feto avesse delle anomalie genetiche o altre malformazioni, e se la madre biologica non volesse abortire, i genitori committenti o riceventi sarebbero obbligati a crescerlo. Come accade anche ai genitori che non fanno ricorso alla maternità surrogata, la madre può effettuare un parto anonimo e abbandonare il bambino che sarà dichiarato adottabile.

⁴ Possiamo denominare, più precisamente, *antipaternalismo giuridico moderato* la concezione etico-politica in base alla quale lo Stato, o un soggetto agente autorizzato dallo Stato, non ha il diritto di usare la coercizione contro la volontà di un individuo adulto al fine, esclusivo o principale, di evitare che questi, tramite un'azione o un'omissione, cagioni, o rischi, o tenti in modo significativo di cagionare, a sé stesso (ciò che viene considerato) un danno, ad esempio fisico, psicofisico, economico (ledendo in questo modo il suo bene), se è certo o verosimile che la volontà di tale individuo adulto di compiere attività pericolose e/o dannose si sia formata in modo razionale, sia espressa da persona capace di intendere e volere, sia basata sulla conoscenza dei fatti rilevanti, sia stabile nel tempo e sia sufficientemente libera da pressioni coercitive. A maggior ragione, ovviamente, lo Stato non può limitare la libertà dell'individuo se l'azione che vuole compiere non cagiona alcun danno all'individuo medesimo. In base all'antipaternalismo moderato qui difeso, infatti, se il consenso dell'individuo non è, nel senso specificato, viziato, la sua libertà d'azione può essere limitata, mediante l'uso della coercizione, solo se cagiona danni a terzi. Si tratta del famoso Principio del danno (*Harm to Others Principle*) elaborato da John Stuart Mill. D'ora in poi, per semplicità, parlerò di antipaternalismo per riferirmi sempre all'antipaternalismo giuridico moderato. Cfr. ALEMANY 2006, 381 ss.; DICIOTTI 2005, 100 ss., 112; FEINBERG 1986, 10 ss.; FEINBERG 1984, 31 ss.; MILL 1997, 12 ss. Sul tema cfr. MANIACI 2012: cap. I, § 1. Feinberg denomina una concezione analoga a quella qui difesa paternalismo moderato. Cfr. FEINBERG 1986, 12 ss. Secondo Feinberg «Soft paternalism holds that the state has the right to prevent self-regarding harmful conduct (...) when but only when that conduct is substantially nonvoluntary, or when temporary intervention is necessary to establish whether it is voluntary or not». Sul tema che, in questa sede, non posso approfondire

fertili. Senza dilungarmi sulla nozione di autonomia individuale, che ho approfondito altrove, possiamo dire che, in linea di massima, i requisiti, che l'agente deve possedere o che si possa ragionevolmente presumere che abbia, per raggiungere un grado sufficiente di autonomia sono quattro, sufficiente razionalità e capacità di intendere e volere, stabilità nel tempo delle preferenze dell'agente, sufficiente libertà da pressioni coercitive nella formazione delle preferenze dell'agente, conoscenza dei fatti rilevanti⁵. Il concetto di razionalità che adottato è quello formale di Williams in *Internal and External Reasons*⁶ e di Elster⁷ secondo cui gli errori che un individuo può commettere, dal punto di vista della razionalità sono pochi, essenzialmente credenze palesemente false, contraddizioni logiche o altre fallacie, *wishful thinking*, preferenze adattive, conformismo. (Per ragioni di sintesi non posso difendere qui questa concezione, per cui rinvio ad altri lavori⁸). Ciò che determina incapacità di intendere e volere è, invece, uno stato di ipnosi, di shock, o una intossicazione da droghe o alcol. Il caso paradigmatico di pressione coercitiva è la minaccia di un danno fisico, psicofisico, economico, da parte di un terzo. La conoscenza dei fatti rilevanti è strettamente connessa alle credenze ritenute corrette o vere dalla comunità scientifica di riferimento, per cui la madre surrogata, come già detto, viene informata ad esempio delle clausole contrattuali che implicano diritti e obblighi, e dei disagi e malattie che possono derivare da una gravidanza secondo la (maggioranza della) comunità scientifica di riferimento. Per soddisfare il requisito della stabilità nel tempo dei desideri è sufficiente dare al soggetto agente, alla madre surrogata, un tempo per riflettere, ad esempio due settimane, prima di stipulare il contratto, di modo da essere più sicuri che non vi siano ripensamenti, rimpianti o rimorsi. Vi è normalmente un nocciolo comune di significato, come notato da vari autori, nei vari sensi di autonomia, individuale, territoriale, contabile, negoziale, amministrativa. In tutti i casi, o nella maggior parte di essi, il soggetto individuale o collettivo ha la potestà di individuare o produrre le norme, regole, principi, valori, che devono governare un certo ambito di competenza, e agire conformemente a tali norme, libero da interferenze o pressioni coercitive, pressioni coercitive che possono consistere in violenze di terzi o in situazioni di grave necessità (ad esempio, povertà) che sono il risultato della mancata tutela dei diritti fonda-

re cfr. MANIACI 2012. Possiamo denominare, invece, *paternalismo giuridico* la concezione etico-politica in base alla quale lo Stato, o un soggetto autorizzato dallo Stato, ha il diritto di usare la coercizione, contro la volontà di un individuo adulto, anche qualora le sue scelte siano, ad esempio, sufficientemente coerenti, basate sulla conoscenza dei fatti rilevanti e libere da coazione, al fine, esclusivo o principale, di tutelare (quelli che vengono considerati) i suoi interessi, ovvero (ciò che viene qualificato come) *il suo bene*; in particolare al fine di evitare che questi, tramite un'azione o un'omissione, cagioni, o rischi, o tenti in modo significativo di cagionare, a sé stesso (ciò che viene considerato) un danno, ad esempio fisico, psicofisico, economico. Cfr. DWORKIN 1983, 20; FEINBERG 1983, 3; GARZÓN VALDÉS 1988a, 156; ATIENZA 1988; GARZÓN VALDÉS 1988b. Per una definizione più ampia di interferenze o interventi paternalisti cfr. GERT, CULVER 1976; VANDEVEER 1986, 22. Per un'approfondita analisi del concetto di paternalismo politico e giuridico cfr. Alemany 2006: cap. I, in particolare 343 ss.; DICIOTTI 1986, 557 ss. In questo saggio, per semplicità, parlerò di paternalismo per riferirmi sempre al paternalismo giuridico.

⁵ Sul significato di tali condizioni dell'autonomia, sulle quali qui non posso soffermarmi, cfr. MANIACI 2012, 76 ss. Per le attività che normalmente non cagionano o corrono il rischio di cagionare un grave danno alla salute e all'integrità fisica, come comprare un vestito, una casa, un'automobile, fare una dieta alimentare, si presume che vi siano i requisiti della sufficiente razionalità, conoscenza fatti rilevanti, libertà da pressioni coercitive, salvo prove contrarie in casi concreti o salvo particolari decisioni, come quella dei lavoratori di rinunciare alle ferie pagate, che prevedono presunzioni contrarie, perché sarebbe notevolmente costoso per la P.A. e altamente restrittivo della libertà dei singoli costringere le persone a colloqui pubblici per stabilire se siano sufficientemente razionali o a conoscenza dei fatti rilevanti nel prendere questo tipo di decisioni. Per le attività dannose o pericolose, come consumare cocaina o eroina, o richiedere l'eutanasia si possono prevedere colloqui pubblici con il medico o lo psicologo dell'ospedale che accertino i requisiti dell'autonomia.

⁶ Cfr. WILLIAMS 1981.

⁷ Cfr. ELSTER 1989.

⁸ Cfr. MANIACI 2008.

mentali⁹. Alberto Romano, in particolare, afferma: «Quindi, anzitutto, deve essere comunque definita come la possibilità di porre in essere atti giuridici, o quanto meno giuridicamente rilevanti»¹⁰. Nel caso dell'autonomia individuale il campo di competenza è la vita e l'uso del corpo, nel caso dell'autonomia negoziale il potere di produrre validamente norme che disciplinano rapporti patrimoniali. Giannini scrive che l'autonomia privata è «una “posizione necessaria” di libertà e di autodeterminazione di un soggetto in un ordinamento»¹¹.

In questo senso, condivido una concezione dell'autonomia non libertaria (solo “negativa”), ma liberal-egualitaria, fondata su due fuochi, il diritto ad essere lasciati in pace, cioè il diritto ad essere indipendenti, e il diritto a non essere lasciati soli, cioè il diritto alla solidarietà, alla dipendenza e alla relazionalità, che implica il diritto alla casa, alla salute, all'istruzione, compatibile con la concezione femminista di Rocchetti e altre autrici che elaborano una forma moderata di autonomia relazionale. Come dice Ronchetti, «[s]e la relazionalità è costitutiva del soggetto, significa che i soggetti non nascono autonomi, ma lo *diventano*: “ciascun essere umano deve sviluppare e mantenere la capacità di *trovare* la propria legge e il compito è capire quali forme sociali, relazioni, e pratiche personali rafforzano tale capacità”. Nederlsky evidenzia le parole *diventare* e *trovare* per sottolineare che non si tratta tanto di “scegliere” la propria legge, ma di “trovarla” perché la propria legge è forgiata dal contesto sociale e relazionale in cui è calato il soggetto»¹². Dunque, la concezione qui difesa dell'autonomia individuale è compatibile con l'assenza del libero arbitrio, cosiddetto *libertarian free will*, in cui non credo, perché le nostre preferenze coscienti dipendono da motivazioni inconscie che dipendono da come l'educazione dei genitori e la socio-cultura di riferimento si sono impresse nel nostro cervello, in base al DNA. Tale concezione liberal-egualitaria è, dunque, compatibile con l'autonomia relazionale se e solo se il soggetto ha il diritto di rompere tali relazioni affettive, sociali ed economiche, soprattutto quelle originarie e non instaurate successivamente in base ad un atto volontario dell'individuo, cioè ad esempio le relazioni con i figli o i contratti liberamente stipulati, come un mutuo. Una concezione liberal-egualitaria non produce normalmente, e non incentiva né promuove, l'isolamento, l'autarchia, la auto-referenzialità, ed è consapevole che ciascun individuo nasce e cresce all'interno di un contesto socio-culturale, un contesto di ampi condizionamenti, in una rete di relazioni affettive, sociali, economiche, che, tuttavia, come vedremo, ha il diritto di mantenere, ma anche di spezzare, soprattutto quelle originarie e non liberamente instaurate dall'individuo. Ovviamente l'individuo ha il diritto di spezzare alcune relazioni liberamente instaurate come il matrimonio e il contratto di lavoratore dipendente. In questo contesto, il principio di autodeterminazione e il diritto alla salute sono strettamente collegati al diritto al libero sviluppo della personalità, all'uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 cost. it., perché compito della Repubblica è rimuovere gli ostacoli di ordine sociale ed economico che impediscono il libero sviluppo della personalità.

Ciascun adulto, ove lo voglia, e sia sufficientemente autonomo, cioè ove si presuma che abbia o soddisfi i quattro requisiti sopra indicati, avrebbe in tal senso il diritto di disporre liberamente del proprio corpo, anche nel caso della stipula di un contratto di gestazione per altri¹³. Tale argomento dell'autonomia individuale, negli studi di alcune femministe, è anche denominato argomento dell'emancipazione della donna o argomento dell'*empowerment*. «The gestational surrogate also gains freedom and power: a new opportunity for paid labour, and the experience of playing a crucial role in bringing new life into the world, without all the antecedent costs of

⁹ Cfr. RONCHETTI 2018, 104 ss., 120 ss., 191 ss.;

¹⁰ ROMANO 1987, 31. Nello stesso senso, BENVENUTI 2006.

¹¹ Cfr. GIANNINI 2003, 376.

¹² Cfr. RONCHETTI 2018, 120.

¹³ Cfr. DAMELIO, SORENSEN 2008, 274.

child-raising»¹⁴. Nello stesso senso, Firestone individua nelle possibilità generate dal progresso scientifico e tecnologico l'opportunità per la donna di liberarsi dalle conseguenze sociali derivanti dalla sua natura biologica. La «natural division of labour» causata dalla *tyranny of women's reproductive biology*¹⁵. Lo strumento per liberare le donne da questa tirannia risiede nella «*full self-determination, including economic independence, of both women and children*¹⁶». L'autodeterminazione femminile, intesa necessariamente anche in senso economico, passa dalla libertà procreativa, che sia finalizzata o meno alla crescita del nascituro. Per chi creda realmente nell'argomento dell'autonomia o dell'*empowerment* non ha senso affermare che *non* vi sia reale autonomia o emancipazione in una certa pratica, in base a qualche inaccettabile teoria ideale degli interessi, in base a valori o interessi oggettivi attribuiti dall'alto, e non aderenti a come alcune donne razionali e autonome realmente esistenti, che possiedono cioè i quattro requisiti visti sopra per un grado sufficiente di autonomia, percepiscono e valutano il proprio corpo stipulando, eventualmente, un contratto di gestazione per altri, di modo che la propria fecondità abbia un prezzo, stabilito in genere dal mercato.

Sembra adottare una teoria ideale degli interessi, in modo criptopaternalista, Pozzolo quando afferma «La prospettiva di Katz Rothman è particolarmente interessante perché si muove nella direzione di sollecitare l'attenzione sui valori veicolati dalle pratiche, e a maggior ragione in un contesto dove la tecnologia modifica rapidamente i nostri comportamenti, prima di qualsiasi riflessione consapevole. Questa prospettiva femminista sottolinea come nella GPA il valore primario sia attribuito ai semi e al patrimonio genetico dei genitori intenzionali, statisticamente del padre. La madre è ricostruita, al meglio, come un passivo custode e la gravidanza come lo sviluppo di un contenitore, dunque non si vede quale reale emancipazione ne deriverebbe per le donne»¹⁷. In questo caso, tali autrici vorrebbero stabilire dall'alto quali sono i *valori veicolati* da una pratica o quali sono gli interessi *reali* delle donne la cui tutela rappresenta una forma di emancipazione, indipendentemente dalle preferenze autonome, cioè razionali, basate sulla conoscenza dei fatti rilevanti, e libere da pressioni coercitive, delle donne stesse, o di alcune donne. Lo stesso argomento lo troviamo in Anderson: «[In so doing, surrogacy] reduces the surrogate mothers from persons worthy of respect and consideration to objects of mere use»¹⁸. Sembra adottare una teoria ideale degli interessi, di stampo marxista, Sugameli quando parla della «mancanza di preoccupazione per i sentimenti e le esperienze della persona, presupposto alla base del processo di alienazione-oggettivazione, il quale si esplica nella strumentalità, fruibilità e fungibilità della donna¹⁹». Al contrario di ciò che pensa l'autrice, non c'è nessuna fungibilità. Secondo l'Enciclopedia Treccani fungibilità significa intercambiabilità, sostituibilità. Ebbene le madri surrogaste non sono fungibili, vengono scelte durante le trattative per le loro caratteristiche psicologiche, così come viene scelto l'ovulo da impiantare. Secondo Pozzolo, Sugameli e Anderson, dunque, nella pratica dei contratti di gestazione per altri il corpo del bambino e le capacità riproduttive delle donne non sarebbero valutate nel modo giusto²⁰. Tali autrici utilizzerebbero, dunque, una teoria ideale degli interessi, che attribuisce interessi oggettivi indipendentemente dalle preferenze autonome delle persone. È già successo con altre femministe radicali. Per quanto riguarda la sessualità, ad esempio, la fellatio o la sodomia avrebbero un *significato*, uguale per tutti, di sottomissione o di degradazione. Al contrario, così come alcune persone non concepiscono il sesso come qualcosa che deve essere fatto solo per amore, o per desiderio, alcune donne razionali e libere da

¹⁴ DAMELIO, SORENSEN 2008, 275.

¹⁵ DE BEAUVOIR 1956, 655; Cfr. FIRESTONE 1972; DUDEN 2003.

¹⁶ DE BEAUVOIR 1956, 207. Ovviamente De Beauvoir non pensava alla maternità surrogata, ma la libertà di procreare com'è intesa oggi in un contesto liberale sicuramente la comprende.

¹⁷ POZZOLO 2016a, 60.

¹⁸ Cfr. ANDERSON 1990.

¹⁹ SUGAMELE 2016, 12.

²⁰ Cfr. ANDERSON 1990, TAYLOR 1982.

pressioni coercitive non concepiscono il portare avanti una gravidanza come qualcosa che deve essere fatto solo per amore²¹. E tali desideri razionali, liberi da pressioni coercitive, basati sulla conoscenza dei fatti rilevanti, devono essere rispettati.

Com'è noto la teoria ideale degli interessi è inaccettabile e non scientifica.

Secondo una concezione "ideale" degli interessi degli individui, esistono interessi cosiddetti "oggettivi", interessi del tutto indipendenti da desideri o preferenze razionali degli individui medesimi, indipendenti da un collegamento con un elemento del "set motivazionale" dell'individuo. Si potrebbe, infatti, affermare, in base a questa concezione, che Tizio *abbia* un interesse (ma *dove*, se non in relazione a una caratteristica del suo Sé?) a fare X, ad esempio a prostituirsi, sebbene non vi sia alcun *sintomo*, nelle manifestazioni del suo Sé (anche inconscie), nei suoi desideri, nelle sue preferenze o motivazioni razionali, che esista un tale interesse. Si potrebbe, in base a una teoria ideale degli interessi, sostenere che una determinata escort abbia un *interesse* alla castità, anche se quest'ultima non ha alcun desiderio razionale, basato sulla conoscenza dei fatti rilevanti, formatosi in modo libero da pressioni coercitive, di rimanere casta.

In tal senso, delle tre l'una: o una teoria ideale degli interessi pretende realmente di essere una teoria fattuale, descrittiva, di stati psicologici reali, dei desideri razionali e liberi da pressioni coercitive che le persone effettivamente hanno, cioè ciò che gli esseri umani, dopo attenta riflessione, considererebbero parte del loro benessere in presenza di sufficiente razionalità, capacità di intendere e volere, conoscenza dei fatti rilevanti, sufficiente libertà da pressioni coercitive, stabilità nel tempo dei desideri. E dunque l'affermazione secondo cui tutti gli uomini desiderano prostituirsi (o sposarsi e avere figli) o secondo cui tutti gli uomini gravemente malati, dal punto di vista psichico o fisico, vogliono vivere è falsa, e/o è affetta da fallacia di composizione. Ma chiaramente non è questo lo scopo della teoria ideale degli interessi. Oppure, seconda possibilità, si tratta di una teoria normativa, camuffata da fattuale, cioè ci dice quali interessi le persone *devono* avere, non quali interessi hanno. Oppure, terza possibilità, ha carattere metafisico-trascendente, normalmente religioso, dunque sarebbe ontologicamente molto problematica, nel senso che non ci sarebbero prove empiriche sufficientemente certe o garantite a favore o a sfavore dell'esistenza di tali interessi, o sarebbe in contrasto con il principio di laicità.

3. *Classici argomenti contro l'autonomia individuale*

L'argomento dell'autonomia individuale si contrappone decisamente a un argomento teologico, secondo il quale la vita e il corpo appartengono a Dio, e nessuno può disporre di ciò che non gli appartiene. Ma si contrappone anche ad argomenti, *lato sensu*, comunitaristi, ad esempio l'idea che l'individuo sia un essere relazionale, che nasce e cresce dentro una comunità, una rete di legami affettivi, sociali ed economici, legami che non può in gran parte rescindere, una comunità nella quale svolge una funzione, di marito-moglie, contribuente, lavoratore-lavoratrice, che non può rinunciare a svolgere, ad esempio abbreviando la sua vita. Oppure si contrappone all'argomento perfezionista. Com'è noto, è molto facile replicare a questi argomenti.

L'argomento teologico (Dio è contrario alla gestazione per altri) è poco utilizzato esplicitamente, tranne in alcuni documenti della Congregazione per la dottrina della fede come il *Donum Vitae*, intitolato anche *IL RISPETTO DELLA VITA UMANA NASCENTE E LA DIGNITÀ DELLA PROCREAZIONE* secondo cui la maternità che il documento definisce sostitutiva è anche contraria alla dignità della procreazione della persona umana e del figlio, o in alcuni Manua-

²¹ FABRE 2006, 198-199. Continua la Fabre, «the standard practice (at least in the USA) of *mutual* selection on the part of commissioning parents and surrogate mothers suggests that the interest of the latter in dealing with parents they can trust must be taken on board, and in turn that it is crucial for the success of the agreement that they regard one another as distinct persons, each with their own ends, aspirations, and desires».

li di Bioetica cattolici, ma è molto importante perché vi il più che fondato sospetto che sia nascosto dissimulato dietro argomenti differenti, come la dignità dell'uomo, la sacralità del corpo e della vita umana. L'argomento teologico non si può utilizzare in uno Stato laico e pluralista, ad esempio nei confronti di agnostici, atei, neopicurei, confuciani, taoisti, buddisti, che possono avere credenze differenti. In secondo luogo, in molti Stati occidentali, l'individuo ha già il diritto di accrescere molto il rischio di abbreviare la propria vita, fumando due pacchetti di sigarette di tabacco al giorno, praticando sport estremi, facendo il pugile, bevendo una bottiglia di whiskey al giorno o diventando fortemente sovrappeso o obeso mangiando alimenti ad alto contenuto di grassi. Se può fare tutto questo, come ripeterò in seguito, ciascun individuo può certamente provocare rabbia, delusione, mancata accettazione sociale, frustrazione in amici e parenti che lo detestano o lo disapprovano perché si prostituisce o fa uso del proprio corpo portando avanti una gravidanza per altri, da madre surrogata. Inoltre, ciascun individuo ha il diritto a rescindere (quasi) tutti i legami affettivi, sociali ed economici originari e la maggior parte di quelli non originari. In molti ordinamenti occidentali, adempiuti determinati obblighi contrattuali e fiscali, e fatti salvi gli obblighi di assistenza nei confronti dei figli non indipendenti, del coniuge (che sono anche morali e legami liberamente scelti) o dei genitori privi di mezzi di sussistenza (di cui, de iure condito, si occupa lo Stato attraverso pensioni sociali e reddito di cittadinanza), obblighi di assistenza che possono essere soddisfatti anche attraverso un assegno bancario inviato per posta, l'individuo può allontanarsi per sempre dalla sua famiglia di origine, può espatriare in modo definitivo, può lasciare definitivamente il lavoro e mendicare senza molestie, può lasciare in modo definitivo gli amici e fare l'eremita in montagna. Così come un simpatico pensionato misantropo, con figli ormai adulti e indipendenti, può ritirarsi in via definitiva a vita privata nella sua campagna, allontanandosi da tutto il mondo circostante e vivendo solo con le sue piante (eventualmente inviando assegni a figli non indipendenti). Se può fare tutto questo, come già detto, ciascun individuo può certamente provocare rabbia, delusione, mancata accettazione sociale, frustrazione in amici e parenti che lo detestano o lo disapprovano perché si prostituisce o fa uso del proprio corpo portando avanti una gravidanza per altri, da madre surrogata.

Secondo l'argomento perfezionista, è indispensabile che ciascun individuo sia orientato, con la persuasione o, se necessario, con la forza, verso un ideale di eccellenza morale, un ideale di virtù, di perfezione morale, di fioritura umana. In tal senso, la comunità organizzata avrebbe il diritto di imporre paternalisticamente, anche mediante l'uso della forza, ai cittadini di essere coraggiosi e non pavidì, operosi e non pigri, saggi e non imprudenti, solidali e non egoisti, generosi e non avidi di denaro, temperanti e non lussuriosi, o ancora di mantenere la propria integrità psicofisica per poter coltivare le altre virtù. Si può affermare, ad esempio, che, nel caso della gestazione per altri, la donna, accettando un compenso per stipulare un contratto di gestazione per altri, mostra di essere, come vedremo in seguito, avida e materialista. Contro l'argomento perfezionista è possibile muovere almeno una obiezione (di Hart e Dworkin).

Si potrebbe dubitare che possa esistere uno *Stato etico*, cioè uno Stato che imponga un ideale di eccellenza morale, un modello di virtù senza che si pongano problemi di razionalità. Se si tratta di scoraggiare, mediante la minaccia di una sanzione, l'adozione di un certo comportamento, ad esempio lavorare meno di otto ore al giorno, sperperare il proprio patrimonio nel sesso a pagamento, ciò è senza dubbio possibile. Ma far questo vuol dire rendere gli uomini più virtuosi o più coraggiosi? In altri termini, *imporre* una virtù non è un'ingiunzione paradossale, cioè pretendere qualcosa che di fatto è impossibile? L'agire intenzionalmente, sulla base dei propri convincimenti o del proprio pentimento, non è parte integrante dell'essere virtuosi? Si può obbligare qualcuno ad essere virtuoso o coraggioso? Anche se lo si obbligasse a tenere un certo comportamento, sarebbe un esempio di virtù, di coraggio o generosità? «La crescita spirituale

della società può essere imposta obbligando qualcuno ad essere coraggioso»²² o non avido? Non mi sembra²³.

Quanto alle obiezioni comunitariste più diffuse, in primo luogo, il valore dell'autonomia individuale non è concettualmente legato ad una concezione forte o significativa del libero arbitrio. Può esistere una concezione *liberal* senza libero arbitrio. Non importa se e quanto i desideri di una persona dipendano dal DNA, dall'educazione familiare, dalla socio-cultura di riferimento, dal caso, dal destino, dalla provvidenza, dal movimento dei pianeti, o da qualunque altro fenomeno in cui crediate, secondo una concezione liberal-egualitaria, ciascuno ha il diritto di vivere secondo i suoi desideri, di perseguire quello che considera, in presenza di sufficiente razionalità, conoscenza dei fatti rilevanti, sufficiente libertà da pressioni coercitive, il proprio benessere, purché non cagioni danni a terzi. Per ragioni di sintesi non posso argomentare oltre sul principio del danno, per cui rinvio ad altri lavori²⁴. In secondo luogo, come sottolinea Dworkin, «le persone appartengono a molte diverse comunità; se lo desiderano possono appartenere a più comunità. Appartengono, o possono appartenere, a famiglie, quartieri, gruppi di ex alunni, associazioni studentesche, fabbriche, università, squadre, orchestre, gruppi etnici»²⁵, gruppi di amici o comunità religiose. E non c'è ragione di pensare che in tali comunità più ristrette non possano soddisfare il bisogno legittimo di affettività, appartenenza, omogeneità morale, attaccamento alla tradizione, costruzione di un'identità forte, che nelle comunità politiche nazionali, soprattutto se pluraliste, multietniche, multiculturali come quelle occidentali, è molto difficile, e oggi totalmente utopico, soddisfare. Come sottolinea Feinberg, fermo restando che ciascuno possiede *the right to be left alone*, l'ideale di una comunità liberale (nonché il risultato più probabile del suo realizzarsi) non è un insieme di persone sole e isolate, monadi separate le une dalle altre, senza alcun legame sociale e affettivo che le tenga unite. Quanto piuttosto una rete di comunità o gruppi intermedi, tra lo Stato e la famiglia di origine, nei quali ciascuno possa trovare (purché non cagioni danni a terzi ovviamente) la propria felicità, realizzare il proprio benessere, cioè seguire la propria *natura*²⁶. Di modo che ciascuno possa scegliere, una volta divenuto adulto e razionale, la comunità o le comunità intermedie che più si adattano alla sua natura. E che tali comunità siano un club sadomaso o per scambisti, un gruppo di preghiera, un'associazione di ferrovieri o di filosofi, una casa dell'oppio, un club di scacchi, un gruppo di escort con ambizioni politiche, un'associazione ambientalista o gay, un complesso nazirock, il Woody Allen o il Britney Spears Fan Club non dovrebbe fare, sotto questo profilo, alcuna differenza. Lo stesso vale per la madre surrogata, che può decidere di seguire la propria natura, ed entrare nella comunità delle madri surrogate, che può instaurare un legame sociale e affettivo con i genitori committenti, che può decidere di entrare nella comunità dei proprietari di una villa sul lago di Como (in parte) con i soldi del contratto come madre surrogata.

4. Il diritto alla genitorialità

Come già detto, il secondo argomento in favore della gestazione per altri è tutelare il diritto alla genitorialità, soprattutto, ma non esclusivamente delle coppie infertili, dei single o delle coppie omosessuali²⁷. Come dice Martone, le critiche alla GPA sono «estreme distorsioni di una pratica

²² ADAMO 2016, 1267.

²³ Cfr. DWORKIN 2002, 237-238; SCHIAVELLO 1998, 63 ss.

²⁴ Cfr. MANIACI 2017.

²⁵ Le citazioni, e alcune obiezioni agli argomenti comunitaristi, sono tratte da DWORKIN 2002, 239, 240, 242, 252. Sul tipo di legame, meno forte, ma ugualmente fruttuoso che l'individuo può instaurare con una comunità politica nazionale pluralista e tollerante cfr. sempre DWORKIN 2002, 244 ss.

²⁶ Cfr. FEINBERG 1990, 81 ss.

²⁷ ARNESON 1992b, 145.

che nasce come rimedio alle capacità riproduttive della donna²⁸». (In seguito spiegherò perché l'adozione non è considerata dai committenti una via praticabile). Come dice Duràn Ayago «Los derechos reproductivos están reconocidos internacionalmente como derechos humanos. Y las técnicas de reproducción asistida son un medio para cumplirlos»²⁹. In tal senso, le coppie, soprattutto infertili, ma anche quelle che darebbero alla luce un bambino malato, hanno diritto di accesso alla procreazione medicalmente assistita. Non si può parlare in assoluto di un diritto alla maternità surrogata, come di un diritto-pretesa in senso hohfeldiano, perché i genitori committenti non possono *pretendere* che una donna porti avanti la gravidanza, cui corrisponderebbe l'obbligo della donna di stipulare il contratto. Quindi il diritto, di ambito più ridotto, alla GPA nasce solo nel momento in cui la madre biologica, gestante dà il suo consenso a portare avanti la gravidanza, nel qual caso sorgono obblighi per i medici degli ospedali di effettuare la gestazione per altri. Probabilmente in questo senso Duràn Ayago parla a questo proposito di «los derechos reproductivos en su más amplio alcance»³⁰.

Sebbene non sia una tecnica di riproduzione assistita come le altre, è applicabile analogicamente la disciplina prevista per la riproduzione medicalmente assistita, dunque la disciplina internazionale dei diritti alla riproduzione. Ma anche dal punto di vista del criterio internazionalmente riconosciuto del *best child interest*, una volta che, anche all'estero, dove la GPA non è vietata come in Europa dell'Ovest, viene stipulato un contratto di maternità surrogata l'interesse superiore del bambino è quello di essere registrato all'anagrafe come figlio della coppia committente, perché la madre originaria, in Ucraina o in Thailandia, non lo vuole e lo ha consegnato volontariamente alla coppia ricevente o committente. Come dice Duràn Ayago, «El interés superior del niño es que su filiación quede acreditada desde su nacimiento a favor de quienes lo han querido (filiación intencional). Esta filiación debería ser inimpugnable»³¹.

Qualora ovviamente i diritti di tutte le parti siano rispettati, che il consenso della madre biologica sia, ad esempio, espresso da persona razionale e capace di intendere e volere, basato sulla conoscenza dei fatti rilevanti e sufficientemente libero da pressioni coercitive. Si tratta di tutelare qui gli interessi superiori del minore, la sua sicurezza giuridica³².

A questo proposito alcuni autori potrebbero argomentare che particolarmente importante sarebbe dare la possibilità di divenire madre ad una donna che, senza figli, non si sentirebbe pienamente "realizzata" come donna, come fosse, senza figli, una donna incompleta. Ad esempio, femministe della differenza e dell'etica della cura come Gilligan, contraria alla maternità surrogata perché rappresenta una falsificazione e snaturamento del ruolo essenziale di madre che tutte le donne svolgono e devono svolgere³³, potrebbero argomentare che le donne trovano la propria realizzazione nella cura, nella relazione, nell'accudimento, e che i figli sono una parte fondamentale di questo accudimento. È molto difficile stabilire quanto questo desiderio delle donne di divenire madri, perché senza figli non sarebbero realizzate come donne, sia biologicamente orientato o sia il frutto di una educazione maschilista. Viste le forti critiche alla rappresentatività statistica degli studi empirici di Gilligan credo che in gran parte questa idea secondo cui una donna senza figli non svolgerebbe la sua funzione fondamentale deriva da un'educazione maschilista. Credo che altrettanto importante sia il desiderio dell'uomo di divenire padre. Particolarmente difficile è il tema degli eventuali diritti del bambino a conoscere le sue origini. Credo che, come nel caso dell'adozione e della fecondazione assistita eterologa, il diritto del bambino è subordinato al consenso della madre biologica o della donna che ha donato l'ovulo, in assenza del quale non può conoscere le sue origini. In ultima analisi, si po-

²⁸ MARTONE 2016, 722.

²⁹ Cfr. DURÀN AYAGO 2020.

³⁰ Cfr. DURÀN AYAGO 2017.

³¹ Cfr. DURÀN AYAGO 2017.

³² Nello stesso senso DURÀN AYAGO 2020.

³³ Cfr. GILLIGAN 2003; MURARO 2001; BATTAGLIA 1995, 345-351.

trebbe obiettare che questo desiderio di coppie ormai “anziane” di avere un bambino, anziane per partorire figli propri, sia frutto di egoismo e non debba essere soddisfatto. In realtà, in questo caso non c'è alcuna forma di egoismo, perché un comportamento egoistico, e non generoso, cagiona un danno o una sofferenza a qualcun altro. Se Tizio è egoista nei confronti dei suoi figli, o della moglie, vuol dire che coltiva i suoi interessi, e non realizza alcuni interessi importanti delle persone che gli stanno vicino, cagionando loro una qualche forma di sofferenza, anche psicologica. Nel caso della coppia che vuole un bambino tramite la maternità surrogata non c'è nessun danno o sofferenza cagionata a terzi, perché in molti casi il bambino frutto della maternità surrogata, essendo un bambino a lungo desiderato, sarà verosimilmente molto amato, e la donna che porta vanti la gravidanza non è nella maggior parte dei casi, nel mondo occidentale, costretta a farlo, è una libera scelta.

5. Argomento della mercificazione

In questo paragrafo e nei successivi sotto-paragrafi presenterò l'argomento della mercificazione, compresi alcuni argomenti ad esso irrelati, per poi formulare quattro obiezioni fondamentali.

5.1. Prima obiezione

La prima obiezione (o il primo insieme di obiezioni) sarà piuttosto lunga, perché comprenderà un'analisi degli argomenti e una replica agli argomenti di Anderson. Prima di analizzare l'importante argomento della mercificazione, premetto che condivido l'idea secondo cui la madre surrogata avrebbe il diritto di rescindere il contratto, ad libitum, abortendo (entro i limiti previsti dalla legge) o tenendosi il bambino dopo il parto. L'argomento della mercificazione sostiene che la pratica contrattuale della gestazione per altri tratta i bambini, il corpo delle donne e le loro capacità riproduttive come merci (*commodities*)³⁴.

Secondo l'Enciclopedia Treccani merce è «Ogni bene economico, in genere prodotto del lavoro umano, in quanto oggetto di contrattazione e di scambio». Secondo il Dizionario di economia e finanza Treccani (2012) «una merce è un bene economico, naturale o tecnicamente prodotto, suscettibile di essere scambiato con altri beni (e si parla in questo caso di baratto), oppure contro denaro all'interno di un mercato». In questo senso generico di merce, diffuso nell'ambito dell'economia, del diritto e della morale, una merce può essere mobile o immobile, può essere viva (un animale) o artificiale, può essere prodotta dall'uomo o essere una materia prima, può essere un oggetto, una cosa, oppure un servizio. Nella letteratura sulla gestazione per altri si adottano definizioni generiche simili. Ad esempio, Fabre definisce una merce, «a commodity, something the production, exchange, and enjoyment of which can be regulated solely by market norms». Non molto dissimile la definizione di Anderson.

«The modern market can be characterized in terms of the legal and social norms by which it governs the production, exchange, and enjoyment of commodities. To say that something is properly regarded as a commodity is to claim that the norms of the market are appropriate for regulating its production, exchange, and enjoyment. To the extent that moral principles or ethical ideals preclude the application of market norms to a good, we may say that the good is not a (proper) commodity»³⁵

Dunque, una merce è un bene la produzione, lo scambio, il godimento, il possesso, l'uso, l'abuso del quale è regolato dalle norme giuridiche e sociali del mercato. Queste definizioni così generiche

³⁴ Cfr. ANDERSON 1990; FABRE 2006; COREA 1985; HOLDER 1985; RADIN 1987; LANDES, POSNER 1978; POSNER 1987.

³⁵ Cfr. ANDERSON 1990.

nascondono, in realtà, differenti tipi di merce, differenti sensi di merce, perché come dice Fabre, se qualcosa è una merce questo dipende da quali diritti le norme giuridiche e sociali attribuiscono. In questo caso possiamo distinguere due sensi di merce, uno debole e uno forte. In base a quello debole, la merce è qualcosa il cui uso, godimento scambio, produzione, compravendita è *limitato* in modo significativo o forte dalle norme giuridiche e sociali, limitato rispetto alle leggi economiche di mercato che regolano la domanda e l'offerta nel mercato capitalista. In questo primo senso, la forza lavoro è una merce, in senso debole a differenza di un telefonino o un televisore, perché i lavoratori dipendenti hanno diritti inalienabili e irrinunciabili, come il diritto alle ferie, al riposo giornaliero o compensativo, alla retribuzione, a un ambiente di lavoro salubre. Allo stesso modo, gli animali domestici possono essere venduti e comprati, ma hanno il diritto di non essere seviziati o uccisi senza necessità, o abbandonati, sono una merce nel senso debole. In certi contesti anche una casa può essere una merce in questo senso debole, perché è soggetta a vincoli di tutela del paesaggio, tutela di beni culturali o archeologici. In un senso forte, la merce è qualcosa il cui uso, godimento scambio, produzione, compravendita *non è limitato* in modo significativo o forte dalle norme giuridiche e sociali del mercato. Ad esempio, io posso non solo vendere, scambiare, godere del mio telefonino o televisore, o dei mobili di casa mia, ma posso anche rovinarli o distruggerli, ho quello che molti autori civilisti contemporanei chiamano *ius utendi et abutendi*.

Il portare avanti la gravidanza è una merce nel primo senso, quello debole, perché la madre surrogata dovrebbe avere il diritto di abortire, se lo vuole o di tenersi il bambino, come già detto, dopo il parto, mentre né il corpo del bambino né il corpo della donna sono una merce in nessuno dei due sensi. La coppia che stipula il contratto e che riceve il bambino alla fine della gravidanza non acquista il diritto di fare ciò che vuole, in termini di uso, godimento, scambio, con l'utero della madre surrogata, come potrebbe fare con una merce come un telefonino, o con una merce come un animale³⁶. Anche in contratti in cui vi sono alcuni vincoli d'uso come l'usufrutto, il comodato, il mutuo, il contraente ha un ampio margine di uso e godimento del bene, ad esempio utilizzare come vuole i soldi dati in prestito, disporre liberamente del bene dato in usufrutto o in comodato, salvo l'obbligo di non deteriorarlo. Né il corpo della donna, né il bambino vengono trattati dalla coppia ricevente e contraente come oggetti o delle merci in nessuno dei due sensi. Non più di quanto sarebbe una merce il corpo di un operaio o di un babysitter. La coppia contraente e ricevente non acquista un diritto di *proprietà* sul corpo della donna o sul bambino, come accade per gli animali, non trae profitto economico dalla maternità surrogata, né ha il diritto di vendere o sfruttare economicamente il bambino, o cedere permanentemente a terzi il diritto di educarlo, istruirlo e mantenerlo, diritto che sarebbe a sua volta cedibile ad altri, come potrebbe fare con un animale, né ha il diritto di usare a piacimento il bambino o il corpo o l'utero della donna³⁷. Sarebbe strano interpretare il contratto di maternità surrogata, non come un contratto di lavoro a tempo determinato avente ad oggetto il portare avanti una gravidanza, ma come un contratto di *locazione* di una parte del corpo, l'utero (*a womb for rent*)³⁸. Al contrario, infatti, delle altre locazioni, di un immobile, di un'automobile, di uno scooter, in cui il locatario può disporre a piacimento del bene, tranne distruggerlo o rovinarlo, cosa inammissibile anche per un immobile o un'automobile, il cosiddetto "locatario" non acquista il diritto di godere come vuole del bene "utero", anzi è vincolato ad un unico scopo, la gravidanza. Se la maternità surrogata fosse un contratto di locazione dell'utero dovremmo considerare tali anche molti contratti di lavoro, dove il datore di lavoro Amazon "affitta", "loca" le mani e le braccia del lavoratore dipendente che impacchetta i pacchi per otto ore al giorno. Anche nei contratti di locazione in cui c'è un vincolo di uso, immobile destinato ad uso abitativo e non commerciale, i poteri del locatario so-

³⁶ Cfr. DAMELIO, SORENSEN 2008, 271.

³⁷ Sull'assurdità dell'argomento della compravendita di bambini e sulla differenza enorme che sussiste con la maternità surrogata cfr. ARNESON 1992b, 148.

³⁸ BER 2000, 162.

no incredibilmente più ampi, in termini di uso e godimento del bene, di quelli della coppia committente con l'utero della madre surrogata. La prova definitiva è che io posso affittare una automobile per una notte intera, mentre non ha senso dire che "affitto" una prostituta per tutta la notte. Gli autori normalmente non parlano di *locatio cunni* (cunnus in latino è la vulva), mentre vorrebbero parlare di *locatio ventris*. Secondo alcuni autori, il problema non è che la coppia ricevente non può usare e godere a piacimento del bene utero, ma il fatto che la madre surrogata è trattata come un mezzo e non come un fine. Questo argomento kantiano è notoriamente insostenibile. Primo, perché la madre surrogata è consenziente e se c'è il consenso cade l'argomento. Due amanti che trattano l'altro come un mezzo per raggiungere il massimo piacere possibile, cosa fanno di male? Nulla. Kant aveva problemi di sessuofobia, come si evince dalle invettive contro l'onanismo nella *Metafisica dei costumi*. Secondo, perché lo Stato tratta molte persone come mezzi, e non come fini, ad esempio noi trattiamo il presunto ladro, il suo non rubare, attraverso la minaccia di una sanzione, come un mezzo per proteggere la proprietà altrui, o trattiamo come un mezzo una persona ricca nel momento in cui, cosa di cui si lamenta Nozick, redistribuiamo la sua ricchezza ai più poveri.

Anderson sostiene che «Most importantly, it requires us to understand parental rights no longer as trusts but as things more like property rights that is, rights of use and disposal over the things owned» (ANDERSON 1990). Nello stesso senso, Sylviane Agacinski, ne *L'uomo disincarnato*³⁹, afferma che è il ventre delle donne a essere, con la «maternità surrogata», oggetto di compravendita, ed è il diritto al bambino ad essere fondamentale, e non più il diritto del bambino a non essere trattato come una proprietà alienabile.

In realtà, questo non è vero perché come sostiene Cécile Fabre la madre biologica o surrogata non ha alcun diritto di proprietà sul bambino, e dunque non può trasferirlo a terzi, compresa la coppia committente. Né si può cedere a terzi il diritto ad educare, mantenere ed istruire il bambino nato con la maternità surrogata. Applicando una teoria ideale degli interessi che non tiene conto delle reali preferenze autonome delle madri surrogate, Anderson sostiene che la gestazione per altri comporta una forma di auto-annullamento, di alienazione, di un'ingiusta subordinazione del proprio corpo, della propria salute, della propria vita emozionale⁴⁰ agli altri, alla coppia committente, che secondo Anderson fa parte di una classe più privilegiata. Anderson insiste dicendo che il tipo di altruismo delle madri surrogate implica una mancanza di autostima, di valore di sé. Come dirò in seguito, infatti, statisticamente molte madri surrogate hanno anche motivazioni non economiche, cioè altruiste, dare un bambino sano ad una coppia che spesso non può averne, Anderson sostiene che il loro altruismo è falso, produce una sorta di alienazione, auto-annullamento⁴¹. Replicare è semplice. Quando le risorse psichiche, psicofisiche, fisiche, economiche messe a disposizione da un soggetto sono significative l'altruismo non è fasullo, ma più forte. Ed è normale che vi sia una forma di subordinazione, in questo consiste l'altruismo, anteporre gli interessi altrui ai propri. Farò tre esempi. Immaginiamo che due pugili partecipino ad un incontro di boxe, l'intero incasso del quale sarà devoluto ai bambini di un quartiere povero. In questo caso, questi pugili subordinano il proprio corpo, la propria salute, la loro vita emozionale agli interessi dei bambini poveri. Stessa cosa per un fratello che dona un rene all'altro fratello, che è in dialisi e rischia la vita in assenza di un trapianto per il quale vi sono lunghe liste di attesa, operazione che comporta una serie di rischi per la salute del donatore. In questo caso, l'altruismo è più forte, non più debole o fasullo. Altro caso. Una sorella che accetta la fecondazione assistita eterologa, col seme del marito della sorella che non può avere figli, e accetta di portare avanti la gravidanza per un gesto fortemente altruistico nei confronti della sorella, cui consegnerà il bambino per amarlo, educarlo e istruirlo. In tutti questi casi le persone mettono a

³⁹ Cfr. AGACINSKI 2020.

⁴⁰ Sul concetto di lavoro emozionale HOCHSCHILD 1983.

⁴¹ Cfr. ANDERSON 1990.

disposizione il proprio corpo, la propria salute, la propria vita emozionale, per altruismo, che quindi è più forte rispetto al caso di una persona che ottiene un prestito di 1000 euro da un amico, antepoendo gli interessi altrui, gli interessi dei bambini poveri, del fratello malato, della sorella infertile ai propri. Anderson sostiene che il gesto altruistico è fasullo perché la madre surrogata manca di autostima e non ha un'idea di sé grandiosa. Ma questa situazione si verifica centinaia di volte, senza che ciò implichi un'impossibilità di compiere atti giuridicamente rilevanti o gesti di altruismo. Una persona che ha una bassa autostima può decidere di dedicare parte del proprio tempo al volontariato con bambini disabili. Questo atto aumenta molto la sua autostima, e ciò non implica affatto che la sua decisione sia alienante, una forma di autoannullamento del sé o che sia un gesto altruistico fasullo. Ma si possono fare decine di esempi. Una persona sola, con un amore non corrisposto, potrebbe ritrovare la sua autostima partecipando alle attività di un gruppo parrocchiale, oppure prendendo un cane abbandonato al canile, e occupandosi di lui. Una donna maltrattata dal marito potrebbe ritrovare la propria autostima decidendosi finalmente di lasciarlo. Una fidanzata tradita dal fidanzato potrebbe ritrovare la propria autostima nel tradirlo lei stessa. Una madre con due figli potrebbe subordinare i propri interessi a quelli dei figli, comprando un cucciolo per i bambini, nonostante prendersi cura di lui sia un grande sacrificio per lei. Sono centinaia i casi in cui una persona compie un'azione per sentirsi meglio, o per accrescere la propria autostima, il proprio valore di sé, e non c'è nulla di fasullo, alienante in questo, anche se si antepongono, per accrescere la propria autostima, gli interessi altrui a quelli propri.

Anderson sostiene che

«For in this practice the natural mother deliberately conceives a child with the intention of giving it up for material advantage. "Her renunciation of parental responsibilities is not done for the child's sake, nor for the sake of fulfilling an interest she shares with the child, but typically for her own sake (and possibly, if "altruism" is a motive, for the intended parents' sakes)»⁴².

Quanto detto da Anderson non è del tutto corretto, perché rinunciando ai diritti sul bambino, la madre biologica o surrogata fa il suo bene (non solo economico) e quello del bambino, per due motivi. Primo perché probabilmente la madre surrogata non sentiva di poter essere una buona madre, avendo probabilmente già altri figli e non volendone un altro. Secondo, perché la madre surrogata sa che la coppia ricevente ha tanto atteso e voluto un figlio, quindi a differenza di altre coppie lo ameranno molto, svilupperanno un attaccamento affettivo molto forte⁴³. In base alle statistiche negli Stati Uniti il caso paradigmatico di madre surrogata a titolo oneroso è una donna della media borghesia, che vive in una famiglia che guadagna tra 25.000 e 50.000 dollari e che ha sia motivazioni pecuniarie sia motivazioni non pecuniarie⁴⁴. Prendo in considerazione il caso statunitense perché più facilmente esportabile in Europa, a parte alcune eccezioni, alcuni diritti mancanti nei contratti di gpa negli *Stati Uniti*, come il diritto di tenersi il bambino. Mentre nelle nazioni sotto-sviluppate come la Thailandia o l'Ucraina il fattore povertà, come motivazione delle madri surrogate, è più determinante. Per quanto riguarda il costo del contratto, questo dipende se viene stipulato tramite un'agenzia privata (*surrogacy firm*) e allora può costare fino a 140.000 dollari, la cui metà va alla madre surrogata, mentre un contratto indipendente, senza agenzia (*Independent Surrogacy*) può costare tra 10.000 e 30.000 dollari (<https://www.sensible-surrogacy.com/surrogacy-in-the-united-states>).

Le motivazioni non economiche fondamentali sono tre: la prima, la più importante, rendere felice una coppia che non può avere un bambino. Come dice Duràn Ayago⁴⁵. «La solidaridad

⁴² Cfr. ANDERSON 1990.

⁴³ Per la frequenza statistica di queste motivazioni. cfr. RAGONNÉ 1994, cap. 2

⁴⁴ Sui costi di un contratto di maternità surrogata BROPHY 1981-82, KEANE 1983, POSNER 1989.

⁴⁵ DURÀN AYAGO 2020.

está tras muchos de estos embarazos». La seconda, espiare il senso di colpa di un aborto compiuto in giovane età, la terza, svolgere di nuovo il ruolo sociale di madre⁴⁶. Quindi anche quando la madre agisce per il suo interesse, questo può implicare una forma importante di altruismo o altro interesse, che va rispettato, rispetto a quello pecuniario. Anderson continua dicendo che l'attuale pratica dei contratti di maternità surrogata negli Stati Uniti viola il rispetto della persona. «To respect a person is to treat her in accordance with principles she rationally accepts principles consistent with the protection of her autonomy and her rational interests»⁴⁷.

Sono d'accordo, la madre surrogata potrebbe sviluppare un forte attaccamento affettivo nei confronti del bambino durante la gestazione, dunque bisogna, come già detto, attribuirle il diritto di tenersi il bambino subito dopo il parto e di abortire, nel caso in cui sviluppi avversione nei confronti della pratica contrattuale.

Come da più autori richiesto, Anderson analizza le proposte di modifica della pratica dei contratti di maternità surrogata negli Stati Uniti, cioè eliminare l'intermediazione di enti commerciali, sostituiti da un ufficio pubblico o un'associazione no-profit, enti commerciali che potrebbero manipolare le preferenze e le credenze della madre surrogata, ad esempio la preferenza della madre surrogata di tenersi il bambino, di non rinunciare ai diritti sul bambino una volta nato, qualora sorga un attaccamento affettivo. Nonostante queste modifiche l'autrice insiste, applicando una teoria ideale degli interessi, secondo cui

«Nevertheless, as long as the surrogate mother is paid money to bear a child and terminate her parental rights, the commercial norms leading to her degradation still apply. For these norms are constitutive of our understanding of what the surrogate contract is for».

L'autrice continua a parlare di una pratica "degradante" contro le preferenze reali ed autonome delle madri surrogate che se partecipano alla pratica attuale negli Stati Uniti, a maggior ragione parteciperanno alla pratica dei contratti di maternità surrogata che siano rescindibili a libitum, al momento del parto, o prima tramite l'aborto. Questo giudizio di "degradazione", addirittura *costitutivo* della pratica, non corrisponde alle preferenze autonome delle madri surrogate, è un giudizio calato dall'alto e proprio soltanto dell'autrice, che dimostra che Anderson è incoerente, perché dice che sia importate avere rispetto per le preferenze razionali delle donne che fanno da madri surrogate., ma lei stesa è la prima a non rispettarle. Anderson insiste che la pratica commerciale anche modificata sarebbe manipolativa perché

«A surrogate contract is inherently manipulative, since the very form of the contract invokes commercial norms which, whether upheld by the law or by social custom only, imply that the mother should feel guilty and irresponsible for loving her own child»⁴⁸.

Secondo Anderson, la madre surrogata che decidesse dopo nove mesi di gravidanza di tenersi il bambino si sentirebbe in colpa verso i genitori committenti che aspettavano con ansia di acquisire i diritti sul bambino. Primo, non è detto che la madre surrogata che non rinuncia ai suoi diritti sul bambino si senta particolarmente in colpa, perché potrebbe avere un carattere forte e credere che il suo amore per il bambino sia più importante del fatto che i genitori sociali abbiano un bambino, visto che possono stipulare altri contratti di maternità surrogata con altre donne. In secondo luogo, non abbiamo il diritto-pretesa di essere amati, ben voluti, nessuno tranne forse i bambini, ha questo diritto. La madre biologica non ha il diritto di essere ben voluta dalla coppia committente. Il sentirsi in colpa non è un sentimento ostativo al compimento di un atto giuridico.

⁴⁶ Per degli affascinanti *insights* in relazione alle motivazioni delle madri surrogate cfr. RAGONNÉ 1994, cap. 2.

⁴⁷ ANDERSON 1990; PARKER 1982.

⁴⁸ Cfr. ANDERSON 1990.

camente rilevante. Sono centinaia le situazioni in cui una persona, compiendo qualcosa di legale e moralmente corretto, può sentirsi in colpa, fa parte della vita. Se Tizio abbandona il lavoro che aveva per un altro molto più remunerato, nonostante il fatto che il datore di lavoro ne soffrirà perché lo trattava come un figlio, Tizio potrebbe sentirsi in colpa per questo. Un dirigente di un'azienda potrebbe sentirsi in colpa perché supera alcuni dei suoi colleghi nelle promozioni verticali, perché loro sono altrettanto bravi, ma hanno compiuto qualche scorrettezza, e potrebbe sentirsi in colpa per aver avuto la promozione, perché economicamente i suoi colleghi avevano maggiore bisogno di quella promozione. Una madre può sentirsi in colpa perché non ha comprato un cucciolo al figlio che per natale lo desiderava tanto, perché sarebbe stato un aggravio di lavoro. Una persona può sentirsi in colpa perché ha lasciato la moglie per fidanzarsi con una ragazza più giovane, sentendosi in colpa perché la moglie sta molto male dopo la separazione. Una persona può sentirsi in colpa perché, abbandonando la famiglia, va a lavorare all'estero, cosa che fa soffrire molto la famiglia. Una persona potrebbe sentirsi in colpa perché consuma molto alcol e i genitori sono terrorizzati che diventi un alcolista. Un pugile potrebbe sentirsi in colpa per aver seriamente leso l'occhio destro dell'altro pugile, nonostante abbia seguito tutte le regole del pugilato correttamente. Una madre potrebbe sentirsi in colpa perché, ed è un sentimento che non riesce a controllare, preferisce un figlio all'altro. Tutte queste *pressioni affettive*, psicologiche, se non si traducono in molestie, sono perfettamente legali, come dico nel mio libro *Contra el paternalismo juridico*. Non sono pressioni *coercitive* che viciano il consenso. Ricordate, la sufficiente libertà da pressioni coercitive era uno dei requisiti per un grado sufficiente di autonomia. Il marito ha diritto di lasciare la moglie, ma la moglie ha il diritto di farlo sentire in colpa. Tutti hanno diritto di subire pressioni affettive, come un abbandono affettivo, un amore non corrisposto, o essere malvoluti da qualcuno. In ultima analisi, come abbiamo visto negli Stati Uniti non c'è necessariamente, né frequentemente, una forte relazione di potere tra una madre surrogata povera e una coppia committente ricca. Primo, perché statisticamente le madri surrogate non sono povere. Secondo, soltanto il contratto firmato con la *surrogacy agency* costa molto, ma la *independent surrogacy* ha costi molto più contenuti cui può accedere anche la media borghesia, che comunque potrebbe fare un mutuo per pagare la *surrogacy firm*. In terzo luogo, anche se la coppia committente facesse parte spesso di una classe più privilegiata non ci sarebbe nulla di male, nessuna relazione di potere maggiore di quella che c'è tra imprenditore e operaio metalmeccanico, avvocato e segretaria, medico e infermiere in un mercato capitalista. Relazione di potere del tutto non problematica, salvo che qualcuno abbia ancora nostalgia, dell'alienazione marxista e della dittatura del proletariato.

5.2. Seconda obiezione

Nella prima obiezione, o nel primo insieme di obiezioni, abbiamo argomentato che il portare avanti la gravidanza è disciplinata da un contratto di lavoro autonomo, è una merce in senso debole, mentre né il corpo del bambino né il corpo della madre sono una merce, né la coppia committente acquista un diritto di proprietà o di locazione su entrambi. Abbiamo inoltre argomentato contro gli argomenti di Anderson avverso la maternità surrogata. Vediamo una seconda obiezione. Se la fertilità e la fecondità della donna, il portare avanti una gravidanza non può essere oggetto di contrattazione, si utilizza il concetto di mercificazione contro l'autonomia delle donne, cioè il diritto delle donne di vivere la propria vita secondo i propri principi e valori, secondo le proprie concezioni filosofiche, morali, religiose, purché non danneggino terzi. La donna non avrebbe il diritto di mercificare il portare avanti la gravidanza, proprio come una prostituta non avrebbe il diritto di fornire prestazioni sessuali a pagamento. Quale sarebbe la giustificazione di tale divieto di mercificazione contro l'autonomia delle donne? Essendo molto difficile individuare veri danni a terzi, una prima possibilità è che il concetto di mercificazione nasconda, o sia giustificato da, un argomento perfezionista, cioè le persone non possono trattare la propria

forza/lavoro come una merce, anche se lo vogliono in modo autonomo, cioè in condizioni di razionalità, capacità di intendere e volere, conoscenza dei fatti rilevanti, sufficiente libertà da pressioni coercitive, stabilità nel tempo dei desideri.

Perché se il soggetto agente tratta il portare avanti una gravidanza (anche) come una merce significa che il soggetto non segue un modello di perfezione morale, un modello di virtù, mostrando di essere una persona (almeno parzialmente) avida, interessata ad accumulare ricchezza, ricchezza guadagnata prostituendosi, o lasciandosi fecondare artificialmente e partorendo da madre surrogata, o una persona (almeno parzialmente) materialista, principalmente attaccata al godimento di beni terreni e materiali, comprati col denaro accumulato attraverso la prostituzione o la maternità surrogata⁴⁹. In realtà, la stragrande maggioranza di donne che si offre per la maternità surrogata ha anche motivazioni altruiste, cioè *donare* un bambino ad una coppia che non può averne, o motivazioni non pecuniarie, come il senso di colpa di aver avuto un aborto o il desiderio di ottenere il riconoscimento sociale delle donne incinte⁵⁰. E, tuttavia, se vi fossero solo motivazioni altruiste, lo farebbero gratis. In conclusione, ecco l'obiezione, di cui abbiamo già parlato, non si può imporre una virtù con la forza, non si può imporre con la sanzione a una persona di non essere (anche) avida o materialista, né si può imporre con la forza l'adempimento genuino di un dovere morale di non essere avida.

Altra possibilità è che una persona non possa mercificare il portare avanti una gravidanza, anche se lo vuole, perché mercificare la gravidanza è indegno, offende la propria dignità, o è indecente, degradante. Ma "dignità", come "degrado o indecenza", è un concetto quasi vuoto, significa uguale considerazione e rispetto, la persona in questione mercificando la propria gravidanza non rispetterebbe sé stessa, comportandosi in modo indegno. Tale concetto di dignità o degrado nasconde, essendo affetto da grave indeterminatezza semantica, o, di nuovo, un argomento perfezionista, o un argomento teologico (Dio non vuole che le donne si prostituiscano o effettuino la maternità surrogata) o un argomento utilitarista-organicista (i genitori e i parenti della persona in questione X soffrirebbero psicologicamente ovvero romperebbero ogni legame affettivo, sociale, ed economico con la gestante per altri X, se sapessero che X si prostituisce o stipula un contratto di maternità surrogata). Fermo restando, come già detto, che chi afferma che quello della madre surrogata sia un lavoro degradante, indegno o alienante sta utilizzando una teoria degli interessi oggettiva, che abbiamo visto è inaccettabile, perché attribuisce un valore alla maternità surrogata diverso da quello che molte donne razionali e autonome realmente esistenti vi attribuiscono. Come abbiamo visto, molte donne che firmano questi contratti hanno non solo motivazioni pecuniarie, ma spesso motivazioni altruistiche o di altro genere⁵¹. Perché non partire da come le donne razionali e autonome realmente esistenti valutano sé stesse e il lavoro di madre surrogata? Salvo ritenere che vi sia una forma di violenza epistemica⁵², una forte disuguaglianza di genere, un senso profondo di inferiorità delle donne verso gli uomini, che viene interiorizzato fin da piccole, per cui una donna diventa una schiava sessuale o una madre surrogata per realizzare il sogno di sottomettersi alla supremazia del maschio e ai desideri maschili. Violenza epistemica che poteva esserci nell'Ottocento o nei primi ottanta anni del Novecento, ma non oggi in Occidente. A differenza dell'Ottocento e dei primi ottanta anni del Novecento non ci sono in Europa occidentale discriminazioni giuridiche significative. Resta qualche norma poco significativa, ad esempio quella che consente alla moglie di prendere il cognome del marito, ma non viceversa. In secondo luogo, non ci sono forti disuguaglianze socio-economiche, perché

⁴⁹ Sembra utilizzare questo argomento, con un certo disprezzo per le donne che vogliono portare avanti una gravidanza dietro un corrispettivo in denaro, Lieber: «In the commercial surrogacy context, the surrogate usually creates a child not because she wants to be magnanimous, but because she wants to earn the fee» (LIEBER 1992-1993, 213).

⁵⁰ FABRE 2006, 199-200.

⁵¹ ARNESON 1992b, 154.

⁵² Cfr. MANIACI 2020, cap. II-IV.

il “gender gap”, la differenza tra la retribuzione oraria lorda degli uomini e delle donne, è circa il 15% in favore degli uomini, ma il trend è quello della sua progressiva riduzione ed eliminazione. Siamo in un periodo di transizione, di crisi del patriarcato, ma in Europa oggi nella stragrande maggioranza dei casi le donne non vengono educate alla sottomissione ai desideri, al potere e alla violenza maschile. Ci sono ancora livelli troppo elevati di violenza fisica, sessuale e di femminicidi contro le donne, che sono un centinaio l’anno in Italia. Ci sono, soprattutto in Sud-Europa ancora leggi insufficienti che non rendono facile per le donne l’alternanza maternità-lavoro. Queste leggi che non garantiscono l’alternanza famiglia-lavoro, attraverso ad esempio un numero di asili nido pubblici sufficienti, rendono possibile il cosiddetto, in letteratura, tetto di cristallo, cioè la difficoltà delle donne di raggiungere livelli dirigenziali elevati nell’ambito di lavoro privato e pubblico. Ma non ha senso parlare di una segregazione verticale e orizzontale delle donne nel lavoro dipendente da un paradigma ancora patriarcale, perché se ci fosse ancora un paradigma patriarcale sarebbe inconcepibile spiegare gli elevati rendimenti scolastici e soprattutto universitari delle donne, spesso migliori di quelli maschili.

5.3. Terza obiezione

Satz sostiene che «reproductive labor is more “integral” to [a woman’s] identity than her other productive capacities⁵³». In realtà, vi sono attività molto importanti per la vita di una persona ed essenziali per la sua identità, che possono essere oggetto di un contratto di lavoro, dunque, perché non può esserlo anche il portare avanti una gravidanza da parte di una donna che lo desidera? Pensiamo alle attività delle figure di accudimento, come un badante, un infermiere o una babysitter, a cui molte persone affidano lo svolgimento di attività fondamentali e preziose come il prendersi cura dei figli o dei genitori anziani e ammalati. Lo stesso vale per una psicoterapia con tutti i rischi di transfert e controtransfert. Molte persone affidano i loro desideri e segreti più nascosti, il racconto della propria infanzia, e la cura delle proprie nevrosi a individui che sono pagati per farlo, con i quali spesso sorge una relazione di transfert, una relazione affettiva significativa, a dimostrazione che il pagamento di un corrispettivo in denaro non esclude il configurarsi di una relazione affettiva o di una relazione essenziale per l’identità del soggetto. Lo stesso vale per gli officianti celebrazioni religiose o i missionari in Africa il cui credo religioso è parte essenziale della loro identità, il cui lavoro non è un “lavoro”, ma una missione. Come dice Fabre, ci sono varie attività che sono svolte per soldi, ma anche per ragioni altruistiche, come l’amore per il prossimo, come capita ad un importante chirurgo, che si identifica fortemente col suo lavoro, e che viene pagato per salvare vite umane e che ha il diritto di essere pagato. Il fatto che vi siano motivazioni pecuniarie non esclude le ragioni altruistiche o identitarie⁵⁴. Lo stesso vale per la maternità surrogata.

È difficile sostenere che l’attività di accudimento di una babysitter sia meno importante del portare avanti una gravidanza. In entrambi i casi, soprattutto per bambini piccoli, il comportamento della figura di accudimento può cagionare gravi danni al bambino, come una donna che beve alcol o fuma sigarette di tabacco durante la gravidanza, o una babysitter che traumatizza il bambino con maltrattamenti di vario genere. Il portare avanti la gravidanza implica una contiguità chimico-fisica col bambino che sta nascendo, che all’inizio, e fino a un certo momento della gravidanza, è anche difficile separare come individuo dal corpo della madre. Ciò accade perché il feto e la madre si nutrono dello stesso cibo, respirano lo stesso ossigeno, condividono lo stesso sangue⁵⁵, maggiore contiguità che ha delle implicazioni fisiche, corporee, come una sensa-

⁵³ SATZ 1992, 114.

⁵⁴ FABRE 2006, 200.

⁵⁵ POZZOLO 2016a, 60-61. ROTHMAN 2014, 36: «Women’s wombs don’t walk around separate from the woman. To be pregnant is a wholebody experience [...]. At birth, babies recognize their mother’s voices [...]. In pregnancy, babies are living in the rhythms of the mother’s day – new-born, for example, tend to wake up at what was the

zione di nausea, o dolore, o di movimento del bambino, o una fame irresistibile di qualcosa. Al di là di queste sensazioni fisiche o corporee, la madre surrogata è una figura di accudimento che ha obblighi simili, e gli stessi poteri di far del male al bambino, di una babysitter o di un badante. Allo stesso modo, soprattutto nel caso di babysitter o badanti a tempo pieno, mattina e pomeriggio, di bambini piccoli, sorge spesso tra la figura di accudimento e la figura accudita una relazione affettiva, molti bambini si affezionano fortemente alla figura di accudimento dei primi anni e la ricordano per tutta la vita. Come volevasi dimostrare il fatto che un'attività sia oggetto di contrattazione non impedisce il formarsi di una relazione affettiva o essenziale per l'identità della persona, anche molto forte, né esclude motivazioni altruistiche, e il ruolo della babysitter a tempo pieno, soprattutto nei primi anni, è altrettanto importante per un bambino del ruolo di chi lo ha portato in grembo e partorito. Per questo condivido l'idea, ripeto, che la madre gestante dovrebbe avere il diritto di tenersi il bambino alla fine della gravidanza.

Questa ossessione per la "sacralità" del corpo della donna, che non potrebbe prostituirsi, o portare avanti una gravidanza per conto di un'altra coppia che non può avere figli, è anomala rispetto a tutte le attività di cui si può fare mercimonio. Non si comprende perché la sessualità o la fecondità, o la gravidanza, attività psicofisiche o psicobiologiche, siano diverse in modo rilevante da altre attività di cui si può fare mercimonio. In questo senso, non si comprende perché un'attività intellettuale, parte dell'identità essenziale del soggetto come un filosofo di professione, o l'attività di accudimento di una babysitter dovrebbe essere meno *sacra* di un'attività sessuale, della prostituta, o di un'attività psicobiologica, come quella di condurre una gravidanza per conto di altri, da madre surrogata.

5.4. Quarta obiezione

Un argomento simile a quello della mercificazione è l'argomento della schiavitù. Le madri surrogate sarebbero come schiave, perché il lavoro di portare avanti una gravidanza sarebbe un lavoro a tempo pieno, senza riposo, per nove mesi. Le madri surrogate non avrebbero un momento libero per sé stesse per nove mesi. A tale argomento si può replicare come segue. Innanzitutto, il portare avanti una gravidanza non è come un lavoro manuale o intellettuale, che se svolto senza riposo può cagionare gravi danni psicologici, derivanti da un'interferenza nella sfera corporea/percettiva. Durante la gravidanza, salvo complicazioni, la donna può normalmente svolgere altre attività, compreso lavorare, nonostante alcune ovvie limitazioni. In secondo luogo, vi sono altre professioni come quella di attore, modella, atleta o ballerino che implicano restrizioni (contrattuali) analoghe a quelle delle madri surrogate, relativamente a ciò che si può mangiare, bere, fumare, o relativamente a ciò che non si può non fare (allenarsi ogni giorno per un certo numero di ore)⁵⁶. Le madri surrogate normalmente hanno, infatti, degli obblighi di non danneggiare il bambino, attraverso attività sessuale non protetta, fumando tabacco, consumando droghe, bevendo alcolici, mangiando cibi crudi. Come dicevo sopra, non credo che tali limitazioni siano eccessive, la madre biologica stipulando il contratto sa a cosa va incontro, né che non siano paragonabili alle limitazioni dietetiche imposte a modelle e ballerini.

6. Quella della maternità surrogata è una pratica sociale e giuridica maschilista?

Come afferma Pozzolo,

pregnant women's busiest times of the day. This is not a "surrogate" relationship, but an actual lived one».

⁵⁶ ARNESON 1992b, 161.

«Unos críticos subrayan como la práctica de la subrogación se conecta con la tradición paternalista y patriarcal. Se trata de una práctica patriarcal si se observa desde varias perspectivas, pero principalmente porque en la mayoría de los casos se fecunda el ovulo en el vientre de la mujer con los gametos del padre con el objetivo de perpetuar exclusivamente la línea genética masculina. Este último es el valor perseguido. La subrogación nace y se desarrolla como practica social que busca, en primer lugar, la satisfacción de la “necesidad” de tener una progenie por parte del padre, al precio de la subordinación de varias mujeres. Hoy: una mujer que se inclina a soportar todo, haciendo propia la prioridad de perpetuar el patrimonio genético del marido frente a otras evaluaciones posibles⁵⁷ – en unos casos, hasta simular un embarazo que dé a la luz la prole en el extranjero – otra mujer que presta su cuerpo alquilando su útero, y otra mujer más que ha sido objeto de una pesada estimulación médica para producir más óvulos, uno de los cuales es fecundado con la semilla del padre»⁵⁸.

Secondo Pozzolo, ci sarebbe, nel caso della pratica sociale della maternità surrogata, il perpetuarsi di una tradizione maschilista, il perpetuarsi esclusivo, voluto dal maschio e accettato passivamente dalla donna, di una linea genetica maschile. Ciò avviene attraverso la fecondazione in vitro di un ovulo di un'altra donna da parte dello spermatozoo del padre ricevente o donante, cosa che capita in molti casi di maternità surrogata.

Altri autori credono che la pratica della maternità surrogata sia intrinsecamente maschilista perché rafforza la disuguaglianza di genere (*gender inequality*), in due modi. Primo attribuendo alla coppia committente, quindi anche al padre un controllo sul corpo della donna, ad esempio il contratto normalmente prevede che non debba danneggiare il bambino, fumando tabacco, bevendo alcolici, mangiando cibi crudi. Secondo, rafforza gli stereotipi di genere secondo cui il ruolo fondamentale della donna è partorire bambini e occuparsi dei bambini e della casa⁵⁹.

La pratica della maternità surrogata confinerebbe le donne nell'archetipo positivo del maschilismo, come lo denomina Simone De Beauvoir, cioè di figlia o moglie devota, ubbidiente, sottomesa al volere del maschio, il padre o il marito, il cui ruolo fondamentale è essere madre e occuparsi dei bambini e della casa, essendo intellettualmente inferiore al maschio⁶⁰. Occupiamoci con ordine delle varie obiezioni, incominciando con quella di Pozzolo. Pozzolo vede all'opera un maschio *Alpha* che sottomette al suo volere e ai suoi scopi, tramandare il suo codice genetico, tre donne, la moglie, cioè la madre sociale, la madre biologica o gestazionale, e la terza donna che dona l'ovulo. Ma questa interpretazione è sbagliata. Non sono queste le ragioni che spingono una coppia verso la maternità surrogata, non sono queste le vere motivazioni, empiricamente verificabili, delle donne autonome e indipendenti che partecipano alla pratica della maternità surrogata. Non esistono valori o obiettivi o paradigmi di genere *oggettivamente* esistenti in una pratica sociale, salvo casi di irrazionalità (la credenza nelle streghe) o di violenza epistemica. Ci sono i valori attribuiti da coloro che vi fanno parte. E se Pozzolo si allontana dalle preferenze autonome e reali delle donne coinvolte, che attribuiscono alla pratica un valore non patriarcale, vuol dire che attribuisce valori ad una pratica, dall'alto, in base ad una teoria ideale degli interessi.

La ragione fondamentale per cui una coppia ricorre alla maternità surrogata sta nell'impossibilità di usare l'utero e l'ovulo della donna della coppia che richiede la maternità surrogata, perché troppo “anziano”, non più giovane, o per ragioni di grave sterilità, per cui le probabilità di successo della fecondazione eterologa, con un ovulo esterno impiantato nell'utero della donna della

⁵⁷ «Por ejemplo podría adoptar a una niña/o que es ya viviente y que necesita una familia. Quizás aquí se vea mejor el punto mirando al tema de la subordinación en el sentido de la asunción por parte de la mujer de una jerarquía de valores que es la del patriarcado. En esta línea se consideren también los otros tipos de subrogación».

⁵⁸ POZZOLO 2016b.

⁵⁹ Cfr. FABRE 2006; SATZ 1992; PATEMAN 1988; BRECHER 1988.

⁶⁰ Cfr. DE BEAUVOIR 1956; GIOMI, MAGARAGGIA 2017.

coppia, sono molto basse. La coppia è *costretta* a rivolgersi alla maternità surrogata, non è una scelta. Non c'è nessuna scelta maschilista di non perpetuare la linea genetica femminile, della donna della coppia che stipula il contratto di maternità surrogata, né ci sarebbe un'urgenza di perpetuare la linea genetica maschile contro la dignità della gestante. Abbiamo visto l'estrema indeterminazione del concetto di dignità, che in una concezione liberale e antipaternalista presuppone quello dell'autonomia, per cui sono tutte le donne coinvolte, la madre committente, la madre biologica, la donna che fornisce l'ovulo che decidono in piena razionalità, capacità di intendere e volere, conoscenza dei fatti rilevanti, sufficiente libertà da pressioni coercitive cosa è degno o meno per loro. Inoltre, è falsa l'idea per cui in una società matrilineare la maternità surrogata non esisterebbe. Se si ricorre alla maternità surrogata, ad un utero esterno, è perché i medici ritengono che quello della donna della coppia che stipula il contratto di maternità surrogata non sia più idoneo. La replica delle femministe sarebbe: perché allora non adottare un bambino? Anche questa replica mostra grande cecità e non tiene conto delle motivazioni reali, empiricamente verificabili, delle coppie che richiedono in modo autonomo la maternità surrogata. Varie motivazioni fondamentali. Primo, tutte le coppie che si siano sottoposte all'iter burocratico dell'adozione sanno che si tratta di un lungo *calvario*, peggiore di quello della maternità surrogata, dai colloqui con gli operatori sociali che devono stabilire se la coppia sia abbastanza idonea, fino alla scelta se accettare o rifiutare un bambino che, a causa dell'abbandono o di maltrattamenti subiti, potrebbe avere subito significativi traumi. E tutti coloro che conoscono un po' di psicologia sanno che gran parte del carattere, comprensivo dei traumi che un bambino può ricevere, si forma durante l'infanzia e il bambino porterà con sé per sempre i traumi ricevuti in quella età. Spesso i genitori adottanti si trovano di fronte al doloroso dilemma se accettare un bambino di tre o cinque anni che è stato tolto alla famiglia di origine per gravi maltrattamenti. Non è una scelta facile e il rifiuto di un bambino maltrattato è una scelta comprensibile. Secondo, le procedure adottive potrebbero durare anche alcuni anni. Terzo spesso alla coppia viene proposta l'adozione di un bambino molto più grande di quello voluto, ad esempio dieci anni⁶¹. Molto costosa, in termini di costi economici e temporali è, invece, l'adozione internazionale.

Inoltre, il ragionamento della coppia che decide di 'ricorrere alla maternità surrogata, compresa la madre sociale che è un essere normalmente razionale e autonomo, non sottomesso al marito, è che sia preferibile che la coppia di genitori, o uno solo di essi, conservi un legame genetico con il bambino. Se, infatti, non si può utilizzare l'ovulo e l'utero della donna della coppia che ricorre alla maternità surrogata, allora vale la pena, *almeno*, preservare il legame genetico e biologico con un solo genitore, e questo desiderio, condiviso spesso da molte donne autonome e indipendenti, non ha niente di maschilista. Come dice Arneson, si tratta di un desiderio piuttosto comune, normalmente di entrambi i genitori, di avere un figlio biologicamente legato a loro, e non estraneo come un bambino adottato, un figlio che possa avere, per intenderci, il sorriso del nonno, il naso della nonna, l'altezza del padre, o altre somiglianze di famiglia che ricordano da dove il figlio proviene⁶². Come dice Arneson (vedi nota precedente) nell'impossibilità spesso di assicurare (anche) una linea genetica femminile, matrilineare, si accetta, come compromesso, la linea genetica patrilineare.

Altra obiezione basata sulla *gender inequality*. Il padre esercita un controllo sul corpo della madre biologica tale da rafforzare stereotipi di subordinazione e inferiorità? In realtà, la maggior parte dei contratti prevedono semplicemente il divieto di compiere atti che possano danneggiare il bambino, quindi come dice Fabre, la prima ad avere un obbligo morale di non danneggiare il bambino è la madre e questo obbligo ce l'ha verso il bambino, non solo verso la coppia committente. In secondo luogo, anche la madre sociale esercita un controllo sul corpo della madre biologica, attraverso tutti questi divieti necessari per salvaguardare il suo futuro figlio, non c'è un maschio *Apha* che

⁶¹ ARNESON 1992b, 146.

⁶² ARNESON 1992b, 147.

la sottomette al suo volere, la madre sociale decide autonomamente di stipulare il contratto di maternità surrogata essendo l'unico modo di poter avere un bambino.

In terzo luogo, il controllo dei genitori committenti è limitato, perché la madre biologica può decidere di abortire (entro i limiti stabili dalla legge).

La pratica dei contratti di maternità surrogata rafforza gli stereotipi di genere? In realtà no, perché la pratica dei contratti di maternità surrogata rafforza l'idea che la donna sia l'unico soggetto che può partorire un bambino, ma non dice nulla sul suo ruolo successivo al parto. La madre surrogata potrebbe essere una donna lavoratrice, come qualunque altra madre che porti avanti una gravidanza e partorisca un bambino, e il fatto che la donna abbia il diritto di lavorare non è un'idea incompatibile con il contratto di maternità surrogata. Anche la madre sociale potrebbe essere una madre lavoratrice. Non c'è nessun legame concettuale tra il contratto di maternità surrogata e lo stereotipo della casalinga soddisfatta. In secondo luogo, dovremmo proibire, come dice Fabre, ad un avvocato di assumere una segreteria, una donna, anziché un uomo, o ad un medico di assumere una infermiera, perché anche queste professioni rafforzano stereotipi maschilisti. In terzo luogo, per ragioni di coerenza, dovremmo impedire ad una donna di prendersi cura della casa e dei bambini, senza lavorare, perché questa situazione più di ogni altra potrebbe rafforzare gli stereotipi di genere, attualizzarli. In quarto luogo, poiché il corrispettivo per la madre surrogata è consistente, va dai 20.000 dollari di un contratto senza *surrogacy agency* fino a 70.000 dollari di un contratto con *surrogacy agency*, tale guadagno può renderla meno dipendente dal marito economicamente.

7. Danni ai bambini

«Vuoi la verità sui tuoi genitori? O l'hai sempre saputa. L'hai solo tenuta nascosta. Tu sai la verità. Dilla (...)». «Non erano nessuno». «Sporchi mercanti di rottami, ti hanno venduta per comprarsi da bere. Sono morti in una fossa comune nel deserto di Jakku» (Dialogo tra Kylo Ren e Rey, *Gli ultimi Jedi*, di R. Johnson, 2017).

Ho iniziato questo paragrafo con una citazione di un film che narra della sofferenza drammatica di una donna che scopre, o porta alla coscienza, il fatto che i genitori l'avevano venduta per un pugno di dollari. Immagino che questa scoperta da parte di un adulto, che da bambino è stato venduto, deve essere terribile. Alcuni autori, citati da Cécile Fabre, adducono un argomento simile al fine di vietare i contratti di maternità surrogata. Ci sono, si dice, delle regole che dovrebbero valere in ogni relazione genitoriale, ogni relazione genitori-figli, cioè che i genitori non assegnano un valore economico al figlio, ma lo amano in modo incondizionato e appassionato. Violerebbe tali regole il contratto di maternità surrogata, perché

«in primo luogo, nella misura in cui i genitori committenti possono pagare per avere madri surrogate con certe caratteristiche genetiche, il loro atteggiamento nei confronti del bambino sarà verosimilmente (o forse può essere) quello di un consumatore soddisfatto con il 'prodotto' che ha comprato, piuttosto che un genitore che ama il bambino in modo incondizionato. E in secondo luogo, il bambino così creato sarà verosimilmente danneggiato dal sapere che la sua madre biologica l'ha abbandonato, non nel suo migliore interesse, ma perché è stata pagata per farlo»⁶³.

Questo argomento è molto importante e non va sottovalutato. Come dice Fabre, esso è una continuazione e un perfezionamento dell'argomento della mercificazione. Il bambino mercificato soffrirebbe emotivamente del fatto di essere stato trattato come una merce, dall'essere stato "venduto e comprato". Cominciamo a disarticolare questo argomento. Innanzitutto, questo

⁶³ FABRE 2006, 209-210. LONGCOPE 1987; PETERSON 1987, KRIMMEL 1983.

ideale dell'amore appassionato e incondizionato verso i bambini è inverosimile. È molto difficile che persone reali realizzino tale ideale ed è comprensibile che non avvenga. Pochi genitori amano realmente in modo incondizionato, anche se affermano di farlo. Un genitore cattolico potrebbe essere molto deluso dal fatto che il figlio sia divenuto musulmano, e amarlo meno per questo; un altro potrebbe essere molto deluso dal fatto che sua figlia faccia la pornostar o la prostituta, o che il figlio faccia parte di un gruppo nazi-rock. Allo stesso modo, un padre liberal-egualitario potrebbe essere molto deluso da un figlio liberista reaganiano, fan di Nozick, che lascerebbe morire di un tumore una persona che non ha abbastanza denaro per pagare le cure oncologiche (o che non ha una assicurazione sanitaria che le copre). Un figlio potrebbe non amare il padre che lo maltrattava. In secondo luogo, quello che accade con la maternità surrogata, la scelta del migliore ovulo da impiantare, e della donna più adatta a portare avanti la gravidanza, è una scelta che in vari modi fanno molti genitori che non stipulano contratti con una madre surrogata. Molte persone non vogliono crescere un bambino malato e utilizzano varie strategie per sceglierlo sano. La più semplice è l'ecografia morfologica o l'amniocentesi, che individua alcune malattie genetiche, cui segue eventualmente l'aborto.

Nel caso della fecondazione assistita, in vitro, si fa la diagnosi preimpianto, onde evitare di impiantare embrioni malati, che hanno anomalie o malattie genetiche, embrioni che normalmente sarebbero abortiti. Un'altra strategia è scegliere un partner che abbia determinate caratteristiche fisiognomiche, che ragionevolmente trasmetterà ai figli. Un'altra possibilità è che la coppia che vuole adottare un bambino scelga il bambino che preferisce, in base ai caratteri somatici e alla storia del bambino (ad esempio, assenza di maltrattamenti). La scelta dell'ovulo e della madre surrogata da parte della coppia committente non è molto diversa dai casi precedenti di "selezione genetica". Durante la fecondazione assistita si possono scegliere ovuli fecondati che abbiano certe caratteristiche, ad esempio non malati. In terzo luogo, il concetto di *abbandono* da parte della madre biologica utilizzato dagli autori che usano questo argomento è fuorviante e ingannevole. Per due ragioni. Primo, l'abbandono più significativo, causa principale di traumi e sofferenze, non è l'abbandono di un bambino appena nato, da parte della madre, bambino che viene subito consegnato alla coppia committente, perché in questo caso il bambino soffre, dal punto di vista psicologico, un *micro-abbandono*, essendosi semplicemente abituato alla voce e agli umori della madre. L'abbandono più grave è quello che avviene in un tempo successivo, dalle prime settimane fino all'infanzia e adolescenza, perché il legame emotivo e affettivo cresce al crescere dell'età del bambino. Secondo, l'abbandono normalmente traumatizza il bambino, non tanto o non solo per l'assenza dei genitori biologici, ma perché l'abbandono normalmente cagiona l'assenza di figure di accudimento stabili, per un certo tempo, prima che il bambino sia dato definitivamente in adozione, anche se la madre lo abbandona appena nato. Nel caso della maternità surrogata, non avviene nulla del genere. Normalmente il bambino viene subito consegnato ai genitori riceventi o committenti, che verosimilmente gli daranno l'amore, le cure, l'educazione, l'attenzione che merita fin dal parto, essendo due genitori che hanno a lungo voluto un bambino, e non potevano averlo⁶⁴.

In quinto luogo, come dice Fabre, anche se i bambini nati da una madre surrogata soffrono un trauma da abbandono, non abbiamo ragioni di credere che non riceveranno amore, cura, educazione da parte dei genitori committenti o riceventi, amore e cura che potrebbe ragionevolmente compensare o annullare il fatto che la madre biologica abbia rinunciato a crescerli, educarli e istruirli⁶⁵. In sesto luogo, il bambino diventato adulto soffrirà e si sentirà verosimilmente abbandonato solo se i genitori committenti e riceventi lo convincono che l'unica ragione per cui la madre abbia rinunciato ai suoi diritti sul bambino è una motivazione pecuniaria. Al contrario,

⁶⁴ Per questi argomenti e i dati empirici a supporto cfr. FABRE 2006.

⁶⁵ FABRE 2006, 211-212.

come abbiamo visto, normalmente la madre surrogata (e la coppia committente) non considera il bambino o il suo corpo una *merce*, perché nessuno acquisisce un diritto di proprietà sul corpo della madre o sul bambino, né i diritti di uso e consumo di un locatario (affittuario). E, come abbiamo visto, normalmente le madri hanno non solo motivazioni pecuniarie, ma anche motivazioni di altro genere per rinunciare ai loro diritti sul bambino e consegnarlo ai genitori committenti. La madre biologica potrebbe pensare che è opportuno rinunciare per motivazioni altruiste, sicuramente le più importanti, cioè donare una vita ad una coppia infertile, oppure perché ritiene di non essere la persona giusta per crescerlo, ad esempio perché ha già altri due figli, perché non sente di poter essere una buona madre⁶⁶. Se al bambino divenuto adulto viene raccontata, nel modo corretto, la storia della sua nascita, mettendo in luce la grande generosità della madre surrogata, o le molte difficoltà (anche economiche) che la madre surrogata avrebbe dovuto affrontare per tenersi il bambino, sebbene la madre biologica fosse a lui legata affettivamente, evitando di falsificarla mediante un *j'accuse* di mercificazione, credo che il trauma di abbandono, se esistesse, sarebbe molto ridotto. In conclusione, si possono sempre effettuare degli studi empirici sui bambini nati da maternità surrogata, per valutare eventuali traumi analoghi ai bambini adottati, come sono stati fatti sui bambini cresciuti ed educati da coppie omosessuali, per scoprire che in quest'ultimo caso i bambini non subiscono alcun danno.

8. Il problema dell'*exploitation*

Non elaborerò una concezione generale dell'*exploitation*, che risolva tutti i casi dubbi, ma una definizione ritagliata sui casi paradigmatici o più comuni e che sia utile al fine di risolvere il problema della maternità surrogata. Un difetto ricorrente in alcuni studi sulla maternità surrogata è parlare di sfruttamento, *exploitation*, ma non argomentare quale sia la definizione di *exploitation* e in che cosa essa consista⁶⁷.

Si ha generalmente *exploitation* quando un soggetto trae un vantaggio ingiusto da una situazione di necessità o costrizione di un altro soggetto, o da una situazione di inferiorità psichica, situazione di necessità o costrizione o di inferiorità psichica che non è creata dal potenziale sfruttatore, ma da forze esterne all'individuo, come il caso fortuito, le forze della natura, il DNA, l'educazione familiare, il mercato o la mancata tutela dei diritti fondamentali da parte dello Stato. Esattamente come Arneson o Goodin, e come accade nel linguaggio ordinario, non credo vi sia, *exploitation* nell'ipotesi nella quale Tizio uccide Caio e lo deruba, perché è vero che Tizio ha tratto un ingiusto guadagno (ha derubato Caio), ma l'aspetto determinante per descrivere la situazione è l'omicidio e la rapina, non lo sfruttamento, che diventa secondario. Il concetto di sfruttamento è utilizzato spesso quando non ci sono altre categorie più gravi (omicidio, rapina, estorsione, truffa, stupro) per condannare moralmente la situazione, quando non abbiamo altre categorie per stabilire che quella situazione è ingiusta⁶⁸. Se Tizio costringe con la forza Caia ad un rapporto sessuale ("O facciamo sesso, oppure ti rompo un braccio"), chiaramente approfitta della situazione, ma la categoria determinante per interpretare il caso in oggetto è che c'è violenza sessuale, non sfruttamento.

Ovviamente, non mancano casi dubbi o di confine, in cui vi può essere sia *exploitation* che, ad esempio, violenza sessuale. Se un individuo induce taluno a compiere atti sessuali abusando della sua condizione di inferiorità psichica, che può essere anche uno stato di grave angoscia o ansia o depressione temporanea, o uno stato di grave soggezione psicologica dovuta alla credenza che

⁶⁶ FABRE 2006, 210, 211.

⁶⁷ Cfr. POZZOLO 2016a, 60.

⁶⁸ Cfr. ARNESON 1992a; GOODIN 1988.

lo stupratore sia un mago con poteri occulti, possiamo avere sia violenza sessuale (ai sensi dell'art. 609 bis c.p. it.) sia sfruttamento⁶⁹.

Trarre un vantaggio ingiusto significa che in molti casi (quella che può essere descritta come) l'offerta fatta dal potenziale sfruttatore, nonostante, da un certo punto di vista, produca un miglioramento della situazione della vittima, viola, dal punto di vista morale, i diritti della vittima. Il potenziale sfruttatore trae un vantaggio dal fatto che qualcuno è costretto a scegliere tra due situazioni che si considerano, moralmente, entrambe inaccettabili. Ad esempio, se Tizio si trova in un deserto e sta morendo di sete e incontra Caio che ha una abbondante riserva di acqua e Caio gli propone di vendergli l'acqua per 100.000 euro, Caio sta violando il diritto di Tizio a pagare l'acqua ad un prezzo di mercato, il diritto di Tizio a non essere costretto a scegliere tra la morte e dare 100.000 euro a Caio. Se Tizio accettasse l'offerta, starebbe subendo un danno economico. Lo stesso nel caso in cui Tizio stia annegando e incontra Caio sulla sua barca che potrebbe salvarlo, e che gli chiede 100.000 euro per salvarlo.

In tal senso, non accetto la distinzione tra *consensual exploitation* e *non consensual exploitation* di Wertheimer, perchè lo sfruttatore sempre approfitta di una situazione in cui la vittima è costretta, ad esempio dalla necessità o dalla povertà, ad accettare la sua offerta, o in cui il consenso della vittima non è sufficientemente valido, è viziato da inganno, ignoranza dei fatti rilevanti, momentanea irrazionalità, pressioni coercitive, quindi la volontà della vittima è sempre fortemente compromessa. Né ha senso distinguere con Wertheimer tra *harmful exploitation* and *mutually advantageous exploitation*, perchè i casi di sfruttamento mutuamente vantaggioso sono sì casi nei quali la vittima ha un miglioramento dalla transazione (Tizio sta morendo di sete e riceve una bottiglia di acqua per 100.000 euro), ma questo miglioramento (bere acqua), rispetto alla situazione iniziale (morire di sete), rappresenta anche una violazione dei diritti di Tizio, un danno economico (dare 100.000 euro) nel caso di Tizio che stava morendo di sete⁷⁰. Non vedo molto senso nel denominare *semplicemente* mutuamente vantaggiosa una situazione nella quale Tizio, che sta morendo di sete, riceve una bottiglia di acqua da Caio, e Caio riceve 100.000 euro, perchè il guadagno di Caio è irragionevole, viola i diritti di Tizio, quindi, in questo senso, ogni *exploitation* è, da un certo punto di vista, dannosa, *harmful*. La situazione precedente, nella quale Tizio, che sta morendo di sete in un deserto, riceve una bottiglia d'acqua da Caio per 100.000 euro, va correttamente descritta come una situazione, da un certo punto di vista, vantaggiosa per entrambi, perchè Tizio ha un miglioramento (bere acqua) rispetto alla situazione iniziale (morire di sete), ma, da un altro punto di vista, dannosa, dannosa rispetto a ciò cui Tizio avrebbe avuto diritto, perchè c'è anche un danno, che dipende dal fatto che Tizio sta sopportando un costo assolutamente sproporzionato.

Poiché l'*exploitation* dipende essenzialmente da una situazione di coercizione o necessità (o da una situazione di inferiorità psichica), la situazione di necessità o coercizione dipende essenzialmente da quali diritti fondamentali attribuiamo alle persone. Una persona, ad esempio, un lavoratore ha diritto a non essere costretto, dalla povertà, a lavorare 10-12 ore al giorno, ha il diritto di non effettuare turni di lavoro massacranti, ha diritto alle ferie e al riposo, cioè ha diritto a non essere costretto dalla povertà a rinunciare al riposo e alle ferie. Ha diritto ad un ambiente di lavoro salubre. Il godimento di questi diritti assicura che Tizio non subisca un danno psicofisico o un serio danno psicologico dovuto ad una interferenza significativa nella sua sfera corporeo-percettiva (effettuare un turno massacrante di 12 ore al dì).

Ha un diritto indisponibile Tizia a non essere costretta dalla povertà assoluta a stipulare un contratto di maternità surrogata, portando avanti una gravidanza per conto terzi? Sì, ha questo diritto, perchè in Italia, nel 2017, 9 su 100.000 donne sono morte di parto, in linea con la media eu-

⁶⁹ Cfr. la giurisprudenza italiana citata in <https://www.brocardi.it/codice-penale/libro-secondo/titolo-xii/capoo-iii/sezione-ii/art609bis.html> (consultato il 5 dicembre 2022).

⁷⁰ Cfr. WERTHEIMER 1996, 14.

ropea, un rischio basso, ma pur sempre esistente⁷¹. Inoltre, vi sono alcuni problemi che possono emergere durante la gravidanza, come insonnia, incontinenza urinaria, nausea, e vi sono alcune sindromi, alcune malattie che possono sorgere dopo il parto, come una depressione postparto, o la tiroidite post-partum o l'artrite reumatoide, queste ultime malattie autoimmuni⁷². Possono altresì esserci disturbi rilevanti come infezioni puerperali (infezioni vulvovaginali o uterine) o infezioni mammarie, o disturbi più gravi come emorragie dovute ad atonia⁷³. Secondo uno studio israeliano, le gestanti avrebbero in media l'1,8% di probabilità di avere gravidanze multifetali, che aumenta il rischio di ritardo di crescita fetale, travaglio prematuro, malformazioni congenite, morbilità e mortalità perinatale, atonia uterina ed emorragia, probabilità che sale con l'età, in particolare il 10,9% per le gestanti di età uguale o superiore ai quarantacinque anni; le gestanti hanno in media il 2,2% di probabilità di avere il diabete, che porta con sé il rischio di malattie ipertensive o macrosomia fetale, che sale con l'età, in particolare il 21% per le gestanti di età uguale o superiore ai quarantacinque anni; le gestanti hanno in media il 5,2% di probabilità di avere ipertensione, ipertensione che porta con sé il rischio di restrizione della crescita fetale o di risultati materni sfavorevoli, che sale con l'età, in particolare il 21% per le gestanti di età uguale o superiore ai quarantacinque anni. Anche il tasso di parti prematuri o di neonati di peso molto ridotto oscilla intorno all'1%, che aumenta molto con l'età, in particolare a quarantacinque anni. Nelle donne superiori ai trentacinque anni è aumentata l'incidenza di preclampsia, delle complicanze durante il travaglio, del distacco della placenta, della morte fetale o della placenta previa⁷⁴.

Si può parlare di *exploitation* o sfruttamento se Tizia accetta di portare avanti una gravidanza per altri, (anche) in cambio di una rilevante somma di denaro, ad esempio 30.000 o 50.000 euro, (anche) per realizzare il desiderio di comprare un'automobile nuova o una barca a vela o un televisore di quaranta pollici o pagare una parte del mutuo per comprare una seconda casa in campagna? Non mi sembra, perché nessuno ha il diritto fondamentale di avere una barca a vela o un televisore di quaranta pollici o una seconda casa in campagna (o anche di comprare la prima casa, evitando di pagare l'affitto, salvo povertà assoluta, cioè l'impossibilità di pagare un canone di locazione in periferia). Non c'è un ingiusto vantaggio, perché la madre surrogata riceve una somma consistente e perché non si trova normalmente, almeno in Occidente, in una situazione di necessità o coercizione.

È evidente, in ultima analisi, che la soluzione del problema di ciò che dovrebbe o non dovrebbe essere consentito a persone che vivono in un grave stato di indigenza dà luogo a *dilemmi tragici*, in relazione ai quali entrambe le soluzioni possibili per risolvere il dilemma sono egualmente immorali o ingiuste. Innanzitutto, alcuni autori come Fabre fanno notare che i poveri in senso assoluto possono già adesso, indipendentemente dalla legalizzazione della maternità surrogata, correre rischi medi o elevati per la vita e la salute, svolgendo lavori rischiosi, ma ben remunerati, come diventare soldati impegnati in operazioni militari all'estero, persone occupate nello smantamento di zone minate, o svolgere sport professionali rischiosi come la boxe. Quindi per coerenza si dovrebbe consentire anche la maternità surrogata. In secondo luogo, sembrerebbe che negando ai poveri in senso assoluto la possibilità di stipulare contratti di maternità surrogata li si danneggia *due volte*, la prima volta perché lo Stato non li aiuta con sussidi adeguati, la seconda impedendogli di uscire dalla povertà assoluta attraverso il corrispettivo previsto per la maternità surrogata⁷⁵. E, tuttavia, questo argomento ha problemi di coerenza, perché altrimenti dovremmo

⁷¹ VALSECCHI 2018.

⁷² LANDMANN 2018

⁷³ SFAMENI 2018.

⁷⁴ Cfr. ARTAL 2018; LASKOV ET AL. 1988. Su quanto il fumo di tabacco, anche passivo, la depressione, o la violenza domestica in donne afroamericane a basso reddito aumenti i rischi di complicanze e sindromi durante la gravidanza o durante il parto cfr. SUBRAMANIAN ET AL. 2011. Cfr. anche FABRE 2006, 192-193.

⁷⁵ FABRE 2006, 27-29.

consentire a persone indigenti di accettare lavori che li espongano a elevati o gravi rischi per la salute in aziende chimiche, petrolchimiche o stabilimenti nucleari che non adottino determinati standard di sicurezza, o di accettare turni di lavoro di 14 ore al giorno, o di accettare lavori in ambienti poco salubri. Fermo restando, come già detto, che lo Stato ha l'obbligo di tutelare alcuni diritti fondamentali, come il diritto a una retribuzione adeguata, una pensione di vecchiaia adeguata, un sussidio di disoccupazione involontaria adeguato, adeguati a svolgere una vita dignitosa e a uscire dalla povertà assoluta, credo sia preferibile, qualora lo Stato non tutelasse i diritti ora menzionati, minimizzare il rischio per la salute e la vita di persone gravemente indigenti. Poiché si può supporre che una persona gravemente indigente possa ragionevolmente scegliere tra un lavoro normalmente remunerato e poco rischioso, operaio metalmeccanico, e un lavoro molto più remunerato ma più rischioso, come il soldato o il pugile. E poiché si può supporre che tale persona indigente possa avere spesso altre motivazioni personali, come l'amore per la boxe o il patriottismo, per diventare pugile o soldato, mi sembra preferibile evitare che una persona sia costretta, dalla povertà, a portare avanti una gravidanza per altri, essendoci una certa probabilità di contrarre malattie o di una diminuzione dell'aspettativa di vita.

Se lo Stato non tutelasse i diritti fondamentali dei lavoratori, degli operai, come il diritto al riposo, alle ferie, ad un ambiente di lavoro salubre, tutti i poveri sarebbero costretti ad accettare sempre lavori pericolosi per la salute o la vita. Non avrebbero nessuna scelta. Lo stesso accadrebbe con la maternità surrogata. Se fosse lecita anche per le donne povere, probabilmente alcune donne povere, perché hanno un lavoro part-time, o perché c'è molta disoccupazione, o perché il sussidio di disoccupazione non è sufficiente, o perché hanno una famiglia con quattro persone e un solo impiego, sarebbero costrette a stipulare contratti di maternità surrogata, probabilmente più di una volta, con un rischio importante per la salute e una diminuzione dell'aspettativa di vita. La disoccupazione o il sussidio insufficiente sono temporanei, la gravidanza e i suoi rischi sono permanenti. Tutte le donne, non troppo anziane, biologicamente fertili possono diventare madri surrogate, mentre molto poche possono fare il pugile, l'atleta di lotta libera, il soldato all'estero (c'erano 6500 soldati impegnati in operazioni militari all'estero in Italia nel 2017). Diventare un atleta di lotta libera o soldato all'estero è qualcosa che si deve volere molto, che necessita di determinati requisiti fisici e psichici, molti sacrifici e molta formazione, che implica molta volontà e motivazione personale; è qualcosa che normalmente *si sceglie*, indipendentemente dalla povertà.

Un ultimo problema è cosa fare nel momento in cui un contratto di maternità surrogata viene stipulato con una madre gestante in povertà assoluta, in Europa o all'estero. Togliere il bambino, una volta nato, e darlo in adozione sembra crudele, per la coppia ricevente o committente. Si potrebbe pensare ad una multa, ad esempio diecimila euro, che vada a formare o incrementare un Fondo nazionale e un Fondo internazionale per la lotta alla povertà⁷⁶.

⁷⁶ Sulla lotta alla povertà cfr. POGGE 2002.

Riferimenti bibliografici

- ADAMO U. 2016. *Eutanasia e diritto costituzionale. Autorità v. Libertà?*, in «Giurisprudenza costituzionale», 3, 1267 ss.
- AGACINSKI S. 2020. *L'uomo disincarnato*, Neri Pozza.
- ALEMANY M.. 2005. *El concepto y la justificación del paternalismo*, in «Doxa», 28, 265 ss.
- ALEMANY M. 2006. *El paternalismo jurídico*, Iustel.
- ANDERSON S. 2006. *Coercion*, «Stanford Encyclopedia of Philosophy», disponibile in: <https://plato.stanford.edu/entries/coercion/> (consultato il 5 dicembre 2022).
- ANDERSON E. 1990. *It is Women's Labor a commodity?* in «Philosophy & Public Affairs», 19, 1, 71 ss.
- ARNESON R.J. 1992a. *Exploitation*, in BECKER L. «Encyclopedia of Ethics», Garland.
- ARNESON R.J. 1992b. *Commodification and Commercial Surrogacy*, in «Philosophy & Public Affairs», 21, 2, 132 ss.
- ARTAL R. 2018. *Fattori di rischio per complicanze durante la gravidanza*, in «Manuale MSD», disponibile in: <https://www.msmanuals.com/it-it/professionale/ginecologia-e-ostetricia/gravidanza-ad-alto-rischio/fattori-di-rischio-per-complicanze-durante-la-gravidanza> (consultato il 5 dicembre 2022).
- ATIENZA M. 1988. *Discutamos sobre paternalismo*, in «Doxa», 5, 203 ss.
- BATTAGLIA L. 1995. *Il punto di vista delle donne nelle pratiche di procreazione artificiale*, in ROMANO C., GRASSANI G. (eds.), *Bioetica*, Utet, 345 ss.
- BENVENUTI F. 2006, *L'istruzione nel processo amministrativo*, in ID., *Scritti giuridici*, I, Giuffrè, 9 ss.
- BER R. 2000. *Ethical Issues in Gestational Surrogacy*, in «Theoretical Medicine and Bioethics», 21, 153 ss.
- BRECHER B. 1988. *Surrogacy, Liberal Individualism, and the Moral Climate*, in J.D.G. EVANS (ed.), *Moral Philosophy and Contemporary Problems*, Cambridge University Press, 183 ss.
- BROPHY K.M., 1981-1982, *A Surrogate Mother Contract to Bear a Child*, in «Journal of Family Law», 20, 263 ss.
- CELANO B. 1994, *Dialettica della giustificazione pratica*, Giappichelli.
- COREA G. 1985. *The Mother Machine*, Harper and Row.
- DAMELIO J., SORENSEN K. 2008. *Enhancing Autonomy in Paid Surrogacy*, in «Bioethics», 22, 269 ss.
- DE BEAUVOIR S. 1956. *The Second Sex*, Jonathan Cape, (ed. or. *Le Deuxième Sexe*, Gallimard, 1949, trad. ing. H.M. Parshley).
- DICIOTTI E. 1986. *Paternalismo*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XVI, 2, 557 ss.
- DICIOTTI E. 2005, *Preferenze, autonomia e paternalismo*, in «Ragion pratica», 24, 99 ss.
- DUDEN B. 2003, *Il corpo della donna come luogo pubblico. Sull'abuso del concetto di vita*, Bollati Boringhieri, Torino (ed. or. *Der Frauenleib als öffentlicher Ort. Vom Mißbrauch des Begriffs Leben*, Luchterhand Literaturverlag GmbH, 1991, trad. it. G. Maneri).
- DURÀN AYAGO A. 2020. *A propósito de la gestación por sustitución*, in «The Conversation», 18 agosto 2020.
- DURÀN AYAGO A. 2017. *Premisas para el debate en una necesaria regulación de la gestación por sustitución*, in «Clinica Juridica», 31 gennaio 2017.
- DWORKIN R. 2002. *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*, Feltrinelli.

- DWORKIN, G. 1983. *Paternalism*, in R. SARTORIUS (ed.), *Paternalism*, University of Minnesota Press, 19 ss.
- FABRE C. 2006. *Whose Body is it Anyway?: Justice and the Integrity of the Person*, Oxford University Press.
- FEINBERG, J. 1983. *Legal Paternalism*, in R. SARTORIUS (ed.), *Paternalism*, University of Minnesota Press, 3 ss.
- FEINBERG J. 1984. *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Others*. N.Y., Oxford University Press.
- FEINBERG J. 1985. *The Moral Limits of the Criminal Law. Offence to Others*. N.Y., Oxford University Press.
- FEINBERG J. 1986. *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*. N.Y., Oxford University Press.
- FIRESTONE S. 1972. *The Dialectic of Sex. The case for feminist revolution*, William Morrow and Company.
- GARZÓN VALDÉS E. 1988a. *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*, in «Doxa», 5, 155 ss.
- GARZÓN VALDÉS E. 1988b. *Sigamos discutiendo sobre el paternalismo*, in «Doxa», 5, 215 ss.
- GERT B., CULVER, C. 1976. *Paternalistic Behavior*, in «Philosophy and Public Affairs», 6, 45 ss.
- GIANNINI M.S. 2003. *Autonomia (Saggio sui concetti di autonomia)*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 1951, 851 ss., ripubblicato con il titolo *Autonomia*, in *Studi in onore di Luigi Rossi*, Milano, 1952 ora in ID., *Scritti*, III, 1949-1954, Giuffrè.
- GILLIGAN C. 2003. *In a Different Voice*, Harvard University Press.
- GIOMI E., MAGARAGGIA S. 2017. *Relazioni brutali. Genere e violenza nella cultura medievale*, il Mulino.
- GOODIN R. 1988. *Reasons for Welfare: Economic, Sociological and Political - but Ultimately Moral*, in MOON D. (ed.), *Responsibility, Rights and Welfare*, Westview.
- GRIFFIN D. 1986. *Well-Being*, Clarendon Press.
- HOCHSCHILD A. 1983. *The Managed Heart*, University of California Press.
- HOLDER A. 1985. *Surrogate Motherhood: Babies for Fun and Profit*, in: «Law, Medicine and Healthcare», 12, 3, 115 ss.
- KEANE N. 1983. *The Surrogate Parenting Contract*, in «Adelphia Law Journal», 2, 45 ss.
- KRIMMEL H. 1983. *The Case against Surrogate Parenting*, in «Hastings Center Report», 13, 5, 35 ss.
- LAMOND G. 1996. *Coercion, Threats and the Puzzle of Blackmail*, in A.P. SIMESTER, A.T.H. SMITH (eds.), *Harm and Culpability*, Oxford University Press, 215 ss.
- LANDES E., POSNER R. 1978. *The Economics of the Baby Shortage*, in «Journal of Legal Studies», 7, 323 ss.
- LANDMANN J. 2018. *Il periodo postparto*, disponibile in: <https://www.naturopathiccurrents.com/it/node/385> (consultato il 5 dicembre 2022).
- LASKOV I., BIRNBAUM R., AMZALLAG S., MASLOVITZ S., KUPFERMINEC M., LESSING J., PAUZNER D., MANY A. 2009. *Pregnancy in Women 45 years Old-Risks and Hazards*, in «American Journal of Obstetrics & Gynecology», December 2009, Supplement, S62.
- LIEBER K.B. 1992-1993. *Selling the Womb: Can the Feminist Critique of Surrogacy Be Answered?*, in «Indiana Law Journal», 68, 205 ss.

- LONGCOPE K. 1987. *Surrogacy: Two Professionals on Each Side of Issue Give Their Arguments for Prohibition and Regulation*, in «Boston Globe», 23 Marzo 1987.
- MANIACI G. 2020. *Contra el paternalismo jurídico*, Marcial Pons.
- MANIACI G. 2011. *No le digan loco a Bill. Sobre internalismo y externalismo de las razones para la acción*, in «Diritto e questioni pubbliche», 11, 663 ss.
- MANIACI G. 2008. *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale*, Giappichelli.
- MANIACI G. 2017. *Come interpretare il principio del danno*, in «Ragion pratica», 48, 1, 141 ss.
- MANIACI G. 2012. *Contro il paternalismo giuridico*, Giappichelli.
- MARTONE A. 2016. *La maternità surrogata: ordine pubblico e best interest of the child*, in DI STASI A. (ed.), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno*, Cedam.
- MILL J.S. 1997. *Saggio sulla libertà (1859)*, il Saggiatore.
- MURARO L. 2011. *Non è da tutti. L'indicibile fortuna di nascere donna*, Carocci Editore.
- MURPHY J.G. 1994. *Some Ruminations on Women, Violence, and the Criminal Law*, in COLEMAN J., BUCHANAN A. (eds.), *In Harm's Way, Essays in Honor of Joel Feinberg*, Cambridge University Press, 209 ss.
- NOZICK R. 1999. *Coercion*, in ID., *Socratic Puzzles*, Harvard University Press.
- O'BRIEN S. 1986. *Commercial Conception: A Breeding Ground for Surrogacy*, in «North Carolina Law Review», 65, 127 ss.
- PARKER P. 1982. *Surrogate Motherhood: The Interaction of Litigation, Legislation and Psychiatry*, in «International Journal of Law and Psychiatry», 5, 341 ss.
- PATEMAN C. 1988. *The Sexual Contract*, Polity.
- PETERSON I. 1987. *Baby M. Case: Surrogate Mothers Vent Feelings*, in «New York Times», 2 Marzo 1987.
- POGGE T. 2002. *World Poverty and Human Rights: Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*, Polity Press.
- POSNER R. 1987. *The Regulation of the Market in Adoptions*, in «Boston University Law Review», 67, 59 ss.
- POSNER, R. 1989. *The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood*. In «Journal of Contemporary, Health, Law and Policy», 5, 1 ss.
- POZZOLO S. 2016a. *Nuove tecnologie riproduttive: fra liberazione e nuove forme di patriarcato*, in «Diritto e questioni pubbliche», 2, 2016, 53 ss.
- POZZOLO S. 2016b. *Locatio ventris*, in GIMÉNEZ T.V., MARZOCCO V., POZZOLO S., FARANO A. (eds.), *La subjetividad político-jurídica de las mujeres y la biotecnología como política de reproducción*, in «Bioderecho.es. Revista internacional de investigación en Bioderecho», 3, 37 ss., disponibile in: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/436380> (consultatio il 6 dicembre 2022)
- RADIN M. G. 1987. *Market Inalienability*, in «Harvard Law Review», 100, 8, 1849 ss.
- RAGONNÉ H. 1994. *Surrogate Motherhood: Conception in the Heart*, Westview.
- ROMANO A. 1987. *Autonomia nel diritto pubblico*, in «Digesto Discipline Pubblicistiche», 1987, 30 ss.
- RONCHETTI L. 2018. *L'autonomia e le sue esigenze*, Giuffrè.
- ROTHMAN B.K. 2014. *The Legacy of Patriarchy as Context for Surrogacy. Or Why Are We Quibbling Over This?*, in «The American Journal of Bioethics», 14, 5, 36 ss.
- SATZ D. 1992. *Markets in Women's Reproductive Labor*, in «Philosophy and Public Affairs» 21, 107 ss.

SCARPELLI U. 1998. *Bioetica laica*, Baldini & Castoldi.

SCHIAVELLO A. 1998. *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Roland Dworkin*, Giapichelli.

SFAMENI P. 2018. voce *Puerperio*, in «Enciclopedia Treccani», disponibile in: http://www.treccani.it/enciclopedia/puerperio_%28Enciclopedia-Italiana%29/ (consultato il 5 dicembre 2022).

SUBRAMANIAN S., KATZ K.S., RODAN M., GANTZ M.G., EL-KHORAZATY N.M., JOHNSON A., JOSEPH J. 2012. *An Integrated Randomized Intervention to Reduce Behavioral and Psychosocial Risks: Pregnancy and Neonatal Outcomes*, in «Maternal Child Health Journal», 16, 545 ss.

SUGAMELE L., 2016, *La questione della differenza. Decostruzione del concetto di patriarcato e affermazione dell'autodeterminazione*, in «Filosofia e nuovi sentieri», disponibile in: <https://filosofiaenuovisentieri.com/tag/dehumanization/> (consultato il 5 dicembre 2022).

TAYLOR C. 1982. *The Diversity of Goods* in SEN A., WILLIAMS B. (eds.), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge University Press, 29 ss.

UTIAN W.H., R. KIWI 1988. *Obstetrical Risks of Pregnancy and Childbirth After Age 35*, in «Maturitas», Suppl. 1, 63 ss.

VALSECCHI M.C. 2018. *Morire di parto. Un evento raro che in parte si può prevenire*, disponibile in: http://www.dolceattesa.com/parto/_partorire_prevenzione/ (consultato il 5 dicembre 2022).

VANDEVEER D. 1986. *Paternalistic Intervention*, Princeton University Press.

WERTHEIMER A. 1987. *Coercion*, Princeton University Press.

Wertheimer A. 1996. *Exploitation*, Princeton University Press.

IL DIRITTO AMMINISTRATIVO: UN PERFETTO SCONOSCIUTO?

MARCO MAZZAMUTO



Il diritto amministrativo: un perfetto sconosciuto?

Administrative law: a perfect stranger?

MARCO MAZZAMUTO

Professore ordinario, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli studi di Palermo.
E-mail: marco.mazzamuto@unipa.it

ABSTRACT

Lo studio, dal titolo volutamente provocatorio, intende mettere in evidenza come nelle riflessioni dei filosofi e dei teorici generali del diritto non si prenda di solito in adeguata considerazione la peculiarità del diritto amministrativo. A partire da una ricognizione dei suoi tratti sistematici caratterizzanti, specialmente sulla scorta del paradigmatico modello francese, si perviene all'assunto che esso dia luogo ad un modo *sui generis* di funzionamento dell'ordinamento giuridico, ad una sorta di *tertium genus* tra civil law e common law.

This study, with its deliberately provocative title, aims to highlight how the peculiarity of administrative law is not usually taken into adequate consideration in the reflections of scholars in jurisprudence and legal theory. Starting from a survey of its distinguishing features, especially on the basis of the paradigmatic French model, the conclusion is reached that it gives rise to a *sui generis* mode of functioning of the legal system, to a sort of *tertium genus* between civil law and common law.

KEYWORDS

specificità del diritto amministrativo, storia del diritto amministrativo, sistema di common law, sistema di civil law, sistema di diritto amministrativo

specificities of administrative law, history of administrative law, common law system, civil law system

Il diritto amministrativo: un perfetto sconosciuto?

MARCO MAZZAMUTO

1. Le riflessioni dei filosofi del diritto o dei teorici generali appaiono sempre costruite attorno al paradigma del diritto civile o attorno all'alternativa tra sistemi di *common law* e sistemi di *civil law*. Non che siffatte ambientazioni non abbiano la loro ragion d'essere, ma esse risultano quantomeno parziali, se non invero errate qualora, come avviene usualmente, abbiano la pretesa di rappresentare l'intero universo giuridico.

In ciò ha anche inciso una visione semplificata delle vicende del XIX sec., secondo talune dominanti vulgate storiografiche volte al superamento dello Stato borghese, ritenuto in quanto tale uno Stato autoritario, mentre si tratta di un secolo che andrebbe meglio conosciuto e rivalutato, poiché è proprio in questo periodo che il genio giuridico ha sviluppato svariate e sofisticate garanzie dello Stato di diritto di cui continuiamo ancor oggi a godere.

Si potrebbe indugiare su molti argomenti: la personificazione dello Stato come presupposto della costruzione di relazioni giuridiche con i cittadini; la sovranità dello Stato come modo per attribuire tale sovranità ad un'entità astratta affinché nessuno possa in realtà *in toto* esercitarla; la separazione dei poteri pubblici affinché appunto non via sia nessun organo statale che possa appropriarsi di tale sovranità; anzi la più sofisticata teoria della condivisione dei poteri, nel timore che una rigida separazione possa determinare uno stallo e che un organo, tra gli altri, come il re o il parlamento, per superare l'*impasse* possa assumere una posizione di supremazia; e ancora, come di regola si dimentica, un'articolazione dei poteri pubblici che non si limiti alla triade montesquieuiana, ma che penetri all'interno di ciascun potere, per prevenire non solo un Leviatano *tout court*, ma anche un pur sempre temibile Leviatano aggettivato, cioè un Leviatano legislativo, giudiziario o esecutivo (si pensi al bicameralismo e soprattutto alla parcellizzazione del potere legislativo insita nel divieto di mandato imperativo; si pensi al carattere diffuso del potere giurisdizionale; si pensi infine al potere esecutivo e a quello amministrativo frammentati in una pluralità di competenze)¹; e così via².

Si tratta di un armamentario che probabilmente ha avuto uno straordinario sviluppo per superare ad una certa ritrosia a incardinare una dimensione costituzionale, nel timore dell'avvento di un potere costituente, cioè di un potere privo di limiti, che potesse negli esiti riesumare le ombre dittatoriali del giacobinismo rivoluzionario.

Ebbene, questo grandioso ordito ottocentesco non riguarda soltanto le sfere alte dell'ordinamento, come la forma di governo, ma ha interessato, e per certi versi in modo ancor più significativo, la costruzione delle concrete "guarentigie" del cittadino nei confronti del potere amministrativo, in luogo delle fatue dichiarazioni dei diritti³.

* Questo scritto è dedicato alla memoria del caro amico Bruno Celano.

¹ MAZZAMUTO 2018, 107.

² Sulla *ratio* liberale che informava la giuspubblicistica ottocentesca, ed in particolare sulla scuola italiana (palermitana), ingiustamente accusata di autoritarismo, oltre a precedenti scritti, vedi MAZZAMUTO 2020a, 309; MAZZAMUTO 2020b, 355.

³ Così ORLANDO 1888, 3, 11 e 18: «le moltitudini, malamente guidate dai "ciechi che si fanno duci", si sono preoccupate moltissimo della dichiarazione dei loro diritti, ma troppo poco della guarentigia di essi. Il risultato è noto: la più ampollosa e la più larga concessione di diritti popolari non ha impedito, anzi ha incoraggiato il dispotismo di un capo-partito, di una maggioranza e, più particolarmente, di una burocrazia»; oltre alla "libertà popolare", occorre provvedere a "quell'altra idea di libertà", ossia alla "libertà giuridica individuale" o "libertà civile", "assai meno

Nell'esperienza continentale, e in primo luogo nel paradigmatico modello francese, cui essenzialmente ci atterremo⁴, ciò ha dato luogo alla formazione di un pezzo pregiatissimo della nostra civiltà giuridica: il diritto amministrativo, per come almeno ha preso forma e ci è stato consegnato dal XIX sec. Tralasciamo qui approfondimenti, pur prospettabili, in ordine a presunti prodromi pre-ottocenteschi di tale diritto⁵. E lo stesso in ordine all'esistenza di un risalente diritto amministrativo inglese, atteso che, anche a dare una risposta positiva⁶, anche cioè a rintracciare frammenti di regole particolari per l'amministrazione, nessuno, neanche la stessa dottrina inglese, è comunque sin qui riuscito a dimostrare, a parte ovviamente le più recenti vicende della seconda metà del XX sec.⁷, la storica ricorrenza di un vero e proprio "sistema" di diritto amministrativo o di un'autonoma branca del diritto, paragonabili all'esperienza francese⁸, il che fa comprendere il senso dell'individuazione di "Stati senza regime amministrativo" da parte di Santi Romano⁹.

Questo diritto è sempre stato oggetto di contrastanti valutazioni in ordine alla sua riconducibilità ad una matrice autoritaria o invece, più correttamente, ad una matrice liberale, come si desume dal carattere di gran lunga più garantista del suo regime giuridico. Se la legalità privatistica è una legalità carezzevole, non troppo invasiva, perché timorosa di limitare oltre misura quell'autonomia privata che intende preservare, la legalità pubblicistica ha tutta altra densità, poiché questa volta, a tutela di quella stessa autonomia privata o anche delle pretese del cittadino, non si vuole riconoscere una medesima autonomia all'amministrazione: la legittimità dell'atto di diritto pubblico è condizionata dai fini, dai mezzi, dai procedimenti, dalla separazione dei poteri anche all'interno dello stesso potere amministrativo, da un coacervo impressionante di norme scritte, fatto di fonti primarie, secondarie e terziarie, il cui mancato rispetto di rego-

adatta ad essere proclamata ed assai più difficile ad essere attuata" con riguardo a "quanto s'attiene alle garanzie dei diritti del cittadino singolo, di fronte all'azione Stato", di fronte ad "un potere esecutivo" che "esercitasse poi nel fatto un vero dispotismo in rapporto ai diritti individuali"; e ciò "specialmente oggidi in cui così vasta è l'azione sociale dello Stato e sempre più va estendendosi sotto l'impero di necessità imprescindibili, quest'azione in mille modi ci tocca, può ledere un nostro diritto, può giovare ad un nostro interesse; in qual modo questi diritti si faranno valere? Come potranno questi interessi tutelarsi?».

⁴ Sulla derivazione francese dell'esperienza italiana, MAZZAMUTO 2021, 301.

⁵ Vedi ad es. di recente MESTRE 2011, 3.

⁶ Come già sosteneva GNEIST 1884, 205, il quale, a proposito del "classico" commento di Blackstone sul diritto inglese, osserva che «Il suo libro non dà alcuna immagine completa del Diritto Pubblico e specialmente del Diritto Amministrativo. (...) tutte le fondamenta che non erano visibili furono in buona fede considerate come non esistenti. Le vere massime giuridiche del diritto costituzionale e amministrativo dell'Inghilterra, che il continente europeo voleva imitare, dovevano cercarsi nella collezione delle leggi inglesi, nelle decisioni delle corti di Giustizia e negli innumerevoli dettagli della giurisdizione dei Giudici di Pace. (...) Quanto tempo ci volle all'Europa per sottoporre ad una seria critica le dottrine di alcuni commentatori e per riconoscere l'errore!». Vedi anche, in seguito, in contraddittorio con Dicey, JÈZE 1925, 1-2, nota; nonché SALANDRA 1904, 258 e 265, e CAMMEO 1919, 285 ss.

⁷ LOUGHLIN 2010, 440 ss., osserva che nella tradizione di *common law* «no formal system of administrative law could be established», mentre è solo nella seconda metà del XX sec., «only after reform to judicial review procedures, and only after the judiciary had made significant progress in developing a more coherent set of public law principles, could the haphazard arrangements of administrative tribunals be streamlined into an ordered system».

⁸ Di recente, CRAIG 2015 ha avviato una ricerca volta a dimostrare la sussistenza plurisecolare di regole giuridiche vincolanti l'amministrazione inglese, ma ci sembra che si sia ancora lontani dalla ricognizione di un "sistema" di diritto amministrativo.

⁹ ROMANO 1950, 368: «Ci sono infatti degli Stati che hanno naturalmente un'amministrazione, anche molto sviluppata e complessa, ma che tuttavia non hanno un diritto amministrativo, perché l'ordinamento ad essa relativo non è una sfera a sé stante, ma si confonde con le altre sfere dell'ordinamento statale e, più particolarmente, col c.d. diritto comune. In questo senso si parla di Stati senza regime amministrativo».

In ciò ha certamente pesato l'assenza di una giurisdizione amministrativa centralizzata. Anche con riferimento allo sviluppo degli *Administrative Tribunals*, MANNORI, SORDI 2004, 499: «Quella strada, in realtà non poteva portare lontano perché minata alla base dalla assenza di un'unica giurisdizione amministrativa capace di sviluppare una strategia giurisprudenziale unitaria e coerente». Non a caso, HAURIOU 1916, 599, individuava, tra i vantaggi della centralizzazione amministrativa francese, «la création de l'admirable jurisprudence du recours pour excès du pouvoir».

la, senza bisogno di apposita comminatoria, determina invalidità, e infine da uno straordinario diritto pretorio che ha imposto ulteriori vincoli di carattere generale e che soprattutto ha negato all'amministrazione una sfera di libero arbitrio, come quella di cui gode un privato, sindacandone le scelte discrezionali. Non diversamente può dirsi sul versante dei rimedi: mentre nel sistema privatistico vige il primato della tutela risarcitoria per equivalente, sanzione più rispettosa dell'autonomia privata, nel sistema pubblicistico vige il primato della tutela in forma specifica, grazie al carattere generale dell'azione di annullamento e al contenuto conformativo delle pronunce sull'attività futura dell'amministrazione. E ben si comprende che applicare il primo a detrimento del secondo costituirebbe la sicura premessa di una deriva autoritaria: cioè di un pubblico potere sempre libero di fare quel che vuole, anche illegittimamente, bastando che metta quattro soldi di risarcimento nelle tasche del malcapitato cittadino¹⁰. Si pensi anche, *mutatis mutandis*, alla giustizia costituzionale, in ciò chiaramente figlia della giustizia amministrativa: sarebbe mai ammissibile pensare che una legge liberticida e contraria al dettato costituzionale, invece che essere annullata, possa continuare a produrre i suoi effetti, perché i cittadini godranno comunque di una compensazione monetaria?

Ma ciò che si vuole qui sottolineare e che lascia fortemente interdetti è che si sia potuto ignorare come ci si trovasse di fronte ad un'esperienza non riconducibile ai modelli esplicativi correnti.

È di particolare appariscenza che lo Stato di diritto ottocentesco venga di solito rappresentato come uno Stato di diritto "legislativo", mentre, proprio nel cuore dei sistemi di *civil law*, aveva preso corpo il più grande *judge-made law* del XIX sec., frutto di una giustizia amministrativa che, già nella giuspubblicistica ottocentesca, veniva espressamente accostata al pretore romano¹¹. Basterebbe anche soltanto un siffatto rilievo per comprendere quanto le considerazioni sui rapporti tra diritto e giudice nei sistemi di *civil law* possano risultare carenti o mal poste se riferite al diritto amministrativo.

Né si tratterebbe di virare *sic et simpliciter* verso l'esempio della giurisprudenza creativa di *common law*. Il diritto amministrativo non si distingue soltanto, rispetto ai giudici di *civil law*, per la sua origine pretoria, ma presenta ulteriori significative peculiarità che ne escludono altresì un'assimilabilità al paradigma inglese.

Al di là dell'ovvia differenza sul risultato, cioè la creazione del diritto amministrativo, quanto più si approfondiscono i caratteri del sistema pubblicistico, tanto più si ha infatti l'impressione di trovarsi di fronte ad un modo peculiare di funzionamento dell'ordinamento giuridico, ad una sorta di *tertium genus* tra *civil law* e *common law*. Ovviamente ciò esige sia una comprensione di tale sistema per quello che è, sia una rivisitazione dell'immagine complessiva dei sistemi di *civil law*, che invero nascondevano una realtà giuridica ben più articolata.

2. Lo svolgimento di questa straordinaria esperienza è strettamente legata all'origine *graziosa* della giustizia amministrativa, cioè di una giustizia esercitata in nome della sovranità del re, supremo *iudex* e vertice dell'amministrazione.

L'attitudine distruttiva degli ordinamenti dell'antico regime da parte della rivoluzione francese non riuscì ad impedire la riesumazione, nella rinnovata veste di un Consiglio di Stato, di

¹⁰ Sul carattere di gran lunga più garantista del regime amministrativistico, sia per la maggiore stringenza dei vincoli pubblicistici, sia per il primato della tutela in forma specifica, oltre allo scritto sopra citato e a scritti meno recenti, v. MAZZAMUTO 2019, 283.

¹¹ Basti il riferimento a DUGUIT 1914, 407: «The part played by the French Council of State and by French jurists versed in public law may assuredly be compared, and not unfavorably, with that of the Roman praetor and iurisprudentes»; HAURIOU 2014: «La juridiction administrative est essentiellement prétorienne»; o anche, nel caso italiano, ORLANDO 1900, 45, il quale nota la coincidenza tra lo sviluppo del diritto amministrativo ed di quello romano, in entrambi incentrato sull'esercizio della giurisdizione, ove l'autorità del giudice non è limitata all'applicazione della legge, ma ne costituisce la *viva vox*.

quell'antica istituzione del Consiglio del Re (e delle sue varie articolazioni), solo per un brevissimo intervallo abolita. Sul piano delle funzioni giustiziali, la rivoluzione gli sottrasse definitivamente gli affari civili e penali deferiti al nuovo Tribunale di Cassazione, assunto ad esecutore delle leggi stabilite dal parlamento, se non inizialmente tenuto al *référé législatif*, ma non anche gli affari amministrativi, e soprattutto, sul piano ordinamentale, non fu di ostacolo al risorgere di quell'alto rango dell'istituzione derivante dall'origine regia.

Il destino del Consiglio di Stato non era quello, come nel caso della Cassazione, di divenire un semplice giudice che applica le leggi. Esso continuava a far parte della compagine della sovranità, pur in un gioco divenuto ben più complesso per la sopravvenuta concorrenza del parlamento, mantenendo una molteplicità di funzioni, giustiziali e consulenziali, non solo in materia amministrativa, ma anche nella produzione legislativa, ivi compresa, per fare una significativa esemplificazione, la gestazione del codice civile napoleonico. Ancora, in un rapporto del 1849, Vivien vede nel Consiglio un organo intermedio tra potere legislativo ed esecutivo che «*facilitât leurs relations mutuelles et temperât ce que l'Assemblée unique pouvait avoir de trop hardi, ce que le Gouvernement pourrait avoir d'arbitraire*»¹².

Si tratta invero di una vicenda storica alquanto articolata¹³, con l'evolversi della forma di governo francese, ma questi scarni riferimenti sono pur sempre sufficienti a far comprendere la posizione ordinamentale del Consiglio di Stato e a far comprendere, per quello che qui soprattutto interessa, come, proprio per tale posizione ordinamentale, sia stato possibile che in un nascente sistema di *civil law*, inneggiante al primato sovrano della legge sui giudici, abbia preso corpo una giurisprudenza creativa che, in modo centralizzato, ha dato luogo all'invenzione di una intera branca del diritto, o che non ha remore, ove occorra, a contrapporsi al dettato legislativo o a manipolarne vistosamente il dato letterale, o che ancora, pur facendosi nei propri sviluppi concreta costruttrice di certezze giuridiche, non intende, per altro verso, sottoporsi al troppo stretto vincolo "formale" dello *stare decisis*, al quale rimane invece avvinto un giudice di *common law*.

Un giudice sovrano dunque, come lo era il re, o, più esattamente, un giudice che continua a concorrere all'esercizio dei poteri sovrani, pur con modulazioni variamente dettate dall'evoluzione costituzionale.

Ed è questo rango, di una giustizia esercitata in nome del re, che è anche all'origine dello sviluppo di un penetrante controllo dell'attività amministrativa, cioè di quell'ineguagliato sistema di garanzie del diritto amministrativo¹⁴. Né va dimenticato che soltanto nella seconda metà dell'Ottocento il Consiglio di Stato assumerà una formale veste giurisdizionale, avendo a lungo continuato a prestare il suo solo avviso (invero mai disatteso) alle pronunce giustiziali del re e a godere del paravento della sovranità regia.

Non è difficile così cogliere come la giustizia amministrativa costituisca storicamente un modello lontano non solo da un semplice giudice di *civil law*, ma anche dal ben più limitato orizzonte di un giudice creativo di *common law*¹⁵.

¹² Riportato da AUCOC 1876, 123.

¹³ Per una ricognizione del rilievo, pur tormentato (specie tra il 1817 e il 1830), della posizione del *Conseil d'État* nel corso del XIX sec., v. ad es. VIVIEN 1841, 161; AUCOC 1876.

¹⁴ AUCOC 1878, 17: «*c'est précisément la fiction constitutionnelle d'une juridiction exercée par le Souverain qui a permis au Conseil de créer le recours pour excès de pouvoirs et de lui donner tous les développements que nous allons signaler. Parlant au nom du Souverain, chef de tous les agents de l'administration, assuré que ses décisions ne rencontreraient aucune résistance quand elles auraient été approuvées, il n'en a eu que plus de hardiesse pour protéger les droits des citoyens, et il a, par cela même, rendu les plus grands services à l'administration*».

¹⁵ In questo senso, al di là della generica comunanza di un'attitudine pretoria, appare difficile parlare di una "stretta somiglianza", come affermato da SCHWARTZ 1954, 1-2: «*the droit administratif, unlike most other branches of French law, bears a close resemblance to the kind of law prevalent in the Anglo-American system. French administrative law [...] is a judge-made law*».

3. Occorre adesso, pur sempre sinteticamente, entrare all'interno dei meandri della creatura, di questo sistema di diritto amministrativo.

Una volta enfatizzato il ruolo pretorio della giustizia amministrativa, potrebbe naturalmente ritenersi che le norme scritte siano di limitata ricorrenza. Ed invece il diritto amministrativo è al contempo il regno dell'ipertrofia normativa¹⁶.

In primo luogo, emerge un quadro alquanto articolato delle fonti scritte. E ciò non soltanto per il prodursi di innumerevoli comparti normativi, parallelamente alla estensione dei compiti pubblici, ma anche per la tipologia e la stratificazione delle fonti.

Ridurre alla fonte legislativa il comando normativo sarebbe una grossolana semplificazione. A differenza del diritto privato, il diritto amministrativo è segnato da una moltitudine di fonti regolamentari e di fonti *lato sensu* terziarie che condizionano la legittimità dell'atto amministrativo¹⁷.

In secondo luogo, questo affastellarsi di norme è sempre stato caratterizzato sia dalla scarsa e caotica qualità degli enunciati, spesso tra loro mal coordinati¹⁸, sia, ad ulteriore aggravante del primo difetto, da un'accentuata propensione alla mutevolezza¹⁹, essendo il diritto amministrativo particolarmente esposto alla continua pressione degli interessi e delle politiche pubbliche.

Questa apparente contraddittorietà tra il ruolo delle fonti scritte e quello delle fonti giurisprudenziali trovava invero il suo punto di equilibrio in una sorta di divisione dei compiti: le fonti scritte imperversavano nella normativa settoriale, mentre il giudice era il creatore ed il *dominus* della parte generale e dei principi. La riserva creativa di giurisdizione *versus* il legislatore veniva anche accuratamente presidiata sul versante processuale²⁰.

Non a caso il dibattito ottocentesco sulla codificazione assunse nel diritto amministrativo una propria caratterizzazione e nella giuspubblicistica dell'epoca, pur con qualche apertura alla codificazione delle normative settoriali²¹, era diffusa l'avversione all'idea di una codificazione della parte generale²².

Ne derivava anche una particolare attitudine del giudice pretore nei confronti delle fonti scritte. Il mito della norma scritta, dalle XII tavole al codice napoleonico, come fonte di certezza non poteva trovare alcun riscontro nelle fonti scritte del diritto amministrativo, regno, come si è detto, dell'ipertrofia, del caos e della mutevolezza normativa. Costatazione comune nella giuspubblicistica ottocentesca era infatti che la fonte della certezza fosse piuttosto il giudice pretore²³.

¹⁶ Sulle considerazioni che seguono v. anche MAZZAMUTO 2015b, 295; nonché MAZZAMUTO 2011, 463, specie l'ultimo paragrafo sulla diversa *forma mentis* del giudice amministrativo nell'interpretazione delle leggi.

¹⁷ MAZZAMUTO 2015a, 684, anche con riguardo alle fonti terziarie e all'invenzione italiana di un modello, quello delle circolari, di *defeasible rules*.

¹⁸ Già MACAREL 1818, VII: «le lois administratives ... sont, pour la plupart, obscures, incomplètes, embarrassées des détails et de dispositions accidentelles et transitoires».

¹⁹ Ancora agli inizi del XX sec., BERTHELEMY 1911, 63, osservava che tre sono le caratteristiche delle leggi amministrative: «l'extrême diversité de son objet, la grande mobilité des dispositions qui le mettent en oeuvre, l'absence de codification».

²⁰ Significativa è la disinvoltura esegetica con la quale LAFERRIERE 1887, VII, afferma che «Le législateur a voulu qu'il en fût ainsi; il a déclaré à plusieurs reprises, et non sans raison, que le contentieux administratif ne pouvait pas être enfermé dans les formules rigides de textes législatifs. Aussi a-t-il donné au Conseil d'État une délégation très large pour définir, par sa jurisprudence, les règles de droit applicables aux litiges administratifs».

²¹ AUCOC 1869, 27: i caratteri «qui sont propres à cette branche du droit, ont entravé jusqu'ici et nous paraissent devoir entraver longtemps encore une codification générale. Seulement, nous inclinons à croire qu'il serait possible, et assurément il serait utile, de faire, dans des formes spéciales, une sorte de codification des règles qui régissent certains services publics pour lesquels les principes sont bien arrêtés».

²² LAFERRIERE 1887, VII: «Le Droit civil, commercial, criminel est codifié; le Droit administratif ne l'est pas, et il est douteux qu'il puisse l'être»; ORLANDO 1940, 18: «il diritto pubblico non si codifica, non solo per la ragione, gravissima certo, ma di indole transitoria, della poca elaborazione che esso ha avuto, ma soprattutto perché l'indole medesima di quei rapporti non si presta non che ad una codificazione, spesso neanche ad una dichiarazione legislativa».

²³ Basti il riferimento a SERRIGNY 1842, IV: «la jurisprudence du conseil d'état. C'est la source la plus abondante et

Non sorprende dunque che la giustizia amministrativa, avvalendosi di quella libertà che gli derivava dall'origine graziosa, abbia sviluppato un'attitudine manipolatoria delle norme scritte di grado incommensurabilmente superiore al *modus operandi* di un semplice giudice civile (financo nella sua più emancipata versione odierna) o di un giudice di *common law*. Ben inteso, non si trattava affatto di arbitrio, bensì della necessità di ricondurre la ricorrente scompostezza o irrazionalità delle norme scritte ai principi, mantenendo così la coerenza del sistema, non rinunciando, se del caso, a mettersi sostanzialmente contro il legislatore: non solo dunque creatore di norme, ma anche correttore della legislazione.

Potremmo dire, con una qualche semplificazione di sintesi, che il diritto amministrativo è più un diritto per principi, di elaborazione giurisprudenziale, che conforma l'ingombrante e scomposta presenza di norme scritte, mentre il diritto civile, pur non certo privo di principi, è più un diritto fondato sulle norme scritte e sulla loro interpretazione²⁴.

In un quadro siffatto, di continuo confronto con le cangianti leggi amministrative, si comprende parimenti perché il giudice pretore, sempre grazie alla propria libertà graziosa, non abbia mai ritenuto di dover ricorrere al principio dello *stare decisis*. Anche qui non si trattò affatto di una licenza arbitraria, tanto è vero che, come si è già detto, la giustizia amministrativa fu creatrice di certezze, attraverso una prudente elaborazione dei principi nel segno della continuità, bensì di non rimanere imbrigliati in un principio troppo rigido per fronteggiare la straordinaria dinamica del sistema giuspubblicistico.

In definitiva, vi è da chiedersi quanto le dotte disquisizioni sul rapporto tra la legge e il giudice o sulla teoria dell'interpretazione, costruite attorno al semplice modello del primato della legge e di un giudice, come quello civile, che vi dà applicazione, possano mai avere rilievo nei confronti di una giustizia amministrativa informata strutturalmente ad una ben diversa ambientazione. Certamente taluni schemi di ragionamento saranno ancora riproducibili, ma è evidente che, anche in tal caso, la riflessione "concettuale", per potere risuonare di una effettiva intellegibilità in una scienza pratica, quale è quella giuridica, presuppone una precognizione della realtà sottostante, e qui la "cosa" è diversa.

Se quanto, pur sinteticamente, si è andato dicendo appare convincente e al di là della cerchia ristretta degli amministrativisti che conoscono concretamente l'atteggiarsi della loro disciplina, non potrà sfuggirsi alla constatazione della esistenza di una significativa lacuna nel pensiero giuridico che attende di essere colmata.

4. Resta infine da verificare se vi siano stati o meno tra Ottocento e Novecento dei cambiamenti significativi rispetto a questo ordito pubblicistico ottocentesco.

Una prima e impegnativa prova si ebbe negli ultimi decenni del XIX sec., quando la giustizia amministrativa, datrice sin lì di pareri alla giustizia regia, acquisì un formale *status* giurisdizionale. Un passaggio questo alquanto contrastato poiché si temeva che in tal modo il Consiglio di Stato si riducesse ad un semplice giudice. Emergono infatti per la prima volta questioni che non avevano ragion d'essere nel largo contenitore della giustizia graziosa.

la plus sûre du droit administratif, à tel point, que je ne crains pas d'affirmer que, sans l'existence de ce conseil, jamais cette partie de la législation ne se serait élevée à l'état de science».

²⁴ LAFERRIERE 1887, VII: «Pour le Droit codifié, l'exégèse des textes est la méthode dominante, et la jurisprudence ne peut être qu'un auxiliaire; pour le Droit administratif, c'est l'inverse; l'abondance des textes, la diversité de leurs origines, le peu d'harmonie qu'ils ont souvent entre eux, risquent d'égarer le commentateur qui voudrait leur appliquer les mêmes méthodes qu'au Droit codifié. La jurisprudence est ici la véritable source de la doctrine, parce qu'elle seule peut dégager les principes permanents des dispositions contingentes dans lesquelles ils sont enveloppés, établir une hiérarchie entre les textes, remédier à leur silence, à leur obscurité ou à leur insuffisance, en ayant recours aux principes généraux du Droit ou à l'équité».

La forza della tradizione tuttavia prevalse, pur attraverso dei puri *escamotage* che fornissero, nel nuovo contesto, una patina di giustificazione formale all'idea di un giudice che applica la legge.

Il giudice grazioso poteva sindacare la discrezionalità, cioè quanto per definizione è al di là della legge, e per questo tramite creare principi (ad es. è arbitrario che l'amministrazione prenda una decisione discrezionale senza una motivazione). Si dirà adesso *mutatis mutandis* che in tal modo il giudice sta vagliando l'interesse pubblico contenuto nella norma, dunque sta applicando la norma.

Il giudice grazioso, in via equitativa, consentiva un ampio *locus standi*, anche per interessi che non avevano alcun riconoscimento normativo. Si dirà adesso *mutatis mutandis* che il giudice sta ancora una volta vagliando l'interesse pubblico contenuto nella norma, il quale, pur non menzionandoli, dà indirettamente rilievo ad interessi occasionalmente protetti o diritti riflessi, oppure si dirà che la giustizia amministrativa ha una natura obiettiva per attenuare il filtro degli interessi giuridicamente rilevanti e salvare la larghezza graziosa.

Il giudice grazioso, cioè di un re che era anche il vertice dell'amministrazione, poteva emanare ordini e sostituirsi *in toto* all'amministrazione. Adesso si afferma che il giudice amministrativo, una volta divenuto un potere formalmente distinto dall'amministrazione, incontra un limite nel merito amministrativo, una sorta di nocciolo duro insindacabile della discrezionalità, e non può sostituirsi all'amministrazione, ma anche qui *mutatis mutandis* sarà sempre il giudice a stabilire fin dove arrivare nel sindacato sulla discrezionalità e a mantenere una *vis ordinativa* attraverso una pronuncia di annullamento che, nella motivazione che accerta l'esistenza del vizio, dirà *a contrario* all'amministrazione cosa deve fare.

E ancora il nuovo *status* formalmente giurisdizionale non farà venire meno quell'altro importante ordine di funzioni, quelle di carattere consulenziale. Non a caso questo cumulo di funzioni ha continuato ad essere oggetto di una avversa litanìa dei detrattori della giustizia amministrativa, i quali, affetti da un monismo geometrico sull'idea di giurisdizione, vorrebbero ridurre il Consiglio di Stato ad un giudice comune, ignorando sia che l'autonomia di questo giudice deriva già da quell'elevato rango di origine regia, neanche bisognoso delle sopravvenute garanzie della giurisdizione, tanto che nella sua storia nessuno ne ha mai concretamente messo in dubbio l'indipendenza, sia che quel cumulo di funzioni, consentendo un'approfondita conoscenza della realtà amministrativa²⁵, è stato (e continua ad essere) una delle leve che ha contribuito a costruire uno straordinario sistema di tutela.

Più in generale, si ignora che, per svolgere in modo efficace il proprio mandato, un giudice dei poteri pubblici, così come il giudice costituzionale, non potrà mai equipararsi ad un semplice giudice, ma, come diceva Santi Romano, deve essere una "supergiurisdizione" in quanto "le funzioni di giustizia amministrativa sono qualcosa di più fine, di più elevato e più efficace che non siano le funzioni semplicemente giurisdizionali"²⁶, e ciò fa comprendere la necessità di un'articolazione dei modelli.

In altre parole, da quel momento, cioè dall'assunzione dello *status* formale di giurisdizione, e nel corso del Novecento, la giustizia amministrativa ha indossato un nuovo vestito, ma il corpo della tradizione è rimasto sostanzialmente intatto.

Una seconda prova è costituita in questi ultimi decenni, se si fa eccezione della legge austriaca del 1925 sul procedimento amministrativo, da una qualche tendenza alla codificazione della parte generale del diritto amministrativo sia sostanziale, sia processuale.

Non si può dire che ciò abbia nel complesso alterato la *forma mentis* del giudice amministrativo, che continua, ove occorra, ad esercitare la funzione pretoria, a manipolare l'interpretazione

²⁵ È ancora valido quanto affermato nel rapporto di Dumon del 1843, citato da AUCOC 1876, 127: «Nous croyons que la réunion des deux fonctions du Conseil d'Etat est favorable à l'exercice de toutes deux. On prépare mieux les décisions administratives quand on a l'expérience des difficultés contentieuses qu'elles peuvent faire naître; on résout mieux les difficultés contentieuses quand on connaît l'esprit des décisions administratives».

²⁶ ROMANO 1901, 539. Di recente, PAJNO 2020, 23.

delle norme scritte o ancora a contrapporsi al legislatore. Facciamo un esempio recente per carirci: in Italia, una commissione di consiglieri di Stato elabora la proposta del codice del processo amministrativo, includendovi la c.d. azione di adempimento; il Governo approva con decreto legislativo la proposta, ma mettendo da parte la suddetta azione; subito dopo l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, disobbedendo palesemente alla scelta legislativa, statuisce che comunque la suddetta azione si ricava dai principi ed è dunque esperibile; con un decreto legislativo correttivo il Governo si piega infine al volere del Consiglio di Stato²⁷.

Ma non si tratta di una prova da poco per il sistema giuspubblicistico. Come era prevedibile, l'inevitabile propensione al perenne mutamento delle leggi amministrative ha finito per coinvolgere anche le leggi che riguardano la parte generale. Il risultato è che quella garanzia di certezza che offriva il giudice amministrativo, in quanto *dominus* esclusivo della parte generale, è oggi fortemente disturbata dalla reiterata invadenza legislativa. Non a caso, già qualche anno fa, chi scrive aveva formulato l'auspicio che il diritto amministrativo torni pienamente ad essere un diritto giurisprudenziale a sovranità legislativa limitata.

All'orizzonte è infine apparso *ab externo* un ben più temibile avversario fondato sulla forza di un "fatto" capace di imporsi sul "diritto" o comunque di modularlo incisivamente, e cioè gli stringenti condizionamenti della competizione internazionale in un mondo globalizzato, che sembrano esigere, sopra ogni cosa, tempestive capacità di reazione da parte di ciascun sistema a tutti i suoi livelli, dal governo alla legislazione e dall'amministrazione alla giurisdizione.

Tutto questo milita in direzione di minori vincoli giuridici e di maggior libertà d'azione, mettendo inevitabilmente a repentaglio le conquiste tradizionali dello Stato di diritto, specialmente nella parte cui in cui, grazie al diritto pubblico, esso pone dei limiti ai pubblici poteri, politici o amministrativi.

Se ne possono già esemplificativamente riscontrare le prime tracce: dalla marcata propensione per forme di governo più decisioniste all'emergere di uno sfavore nei confronti dei giudici dei pubblici poteri, che si tratti della giustizia amministrativa o della giustizia costituzionale.

Anche il nostro Consiglio di Stato ha dovuto, da ultimo, concedere qualcosa, ad es. iniziando a restringere la tradizionale larghezza graziosa del *locus standi*, per sottrarsi all'ingiusta accusa di costituire, con l'annullamento degli atti amministrativi, un ostacolo all'efficienza del sistema.

Siamo così alla fine, ma anche ben al di là della portata del presente scritto, di fronte alla formidabile sfida di quanto potrà essere preservato o invece perduto della gloriosa tradizione garantista del diritto amministrativo, se non più ampiamente della nostra stessa civiltà giuridica nel mondo globalizzato.

²⁷ Anche la giuspubblicistica francese continua ancor oggi a rappresentare un Consiglio di Stato che all'occorrenza dà luogo ad una «jurisprudence contre la loi», così da «faire échec à une volonté, pourtant clairement exprimée, du législateur» (WACHSMANN 2011, 577).

Riferimenti bibliografici

- AUCOC L. 1869. *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Dunod éditeur.
- AUCOC L. 1876. *Le Conseil d'Etat avant et depuis 1789, ses transformations, ses travaux et son personnel*, Imprimerie nationale.
- AUCOC L. 1878. *Des recours pour excès de pouvoirs devant le conseil d'État*, Imprimerie E. Colas.
- BERTHELEMY H. 1911. *La méthode applicable à l'étude du droit administratif*, in LARNAUDE F., BERTHELEMY H., TISSIER A., TRUCHY H., THALLER E., PILLET, GARÇON E., GENY E. (eds.), *Les méthodes juridiques: leçons faites au Collège libre des sciences sociales en 1910*, Giard et Brière éditeurs, 63 ss.
- CAMMEO F. 1919. *Il diritto comparato e l'unificazione legislativa nella Società delle Nazioni*, in «Rivista di diritto commerciale», I, 1919, 285 ss.
- CRAIG P. 2015. *UK, EU and Global Administrative Law: Foundations and Challenges*, Cambridge University Press.
- DUGUIT L. 1914. *The French Administrative Courts*, in «Political Science Quarterly», 29, 1914, 385 ss.
- GNEIST R. 1884. *Lo Stato secondo il diritto ossia la giustizia nell'amministrazione politica*, Zanichelli, 1884 (ed. or. *Der Rechtsstaat*, 1872), 205 ss.
- HAURIOU M. 2014. *Le Conseil d'Etat juge de droit commun en premier ressort du contentieux de la pleine juridiction - la fin de la pratique du ministre-juge*, Note sous Conseil d'Etat, 13 décembre 1889, *Ca dot c/ Ville de Marseille*, in «Revue générale du droit on line», 2014.
- HAURIOU M. 1916. *Principes de droit public*, Libraire de la Société du Recueil Sirey.
- JEZE G. 1925. *Les principes généraux du droit administratif. La technique juridique du droit public français*, Dalloz.
- LAFERRIERE É. 1887. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, vol. I, Berger-Levrault ed Libraires éditeurs.
- LOUGHLIN M. 2010, *Foundations of Public Law*, Oxford University Press.
- MACAREL L. A. 1818. *Éléments de jurisprudence administrative*, Dondey-Dupré.
- MANNORI L., SORDI B. 2004. *Storia del diritto amministrativo*, Laterza.
- MAZZAMUTO M. 2011. *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in «Diritto processuale amministrativo», 2011, 463 ss.
- MAZZAMUTO M. 2015a. *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in «Diritto amministrativo», 23, 2015, 684 ss.
- MAZZAMUTO M. 2015b. *L'incertezza nel diritto amministrativo tra norme scritte e giurisprudenza pretoria: per un diritto giurisprudenziale a sovranità legislativa limitata*, in «Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo (AIPDA). Annuario 2014. L'incertezza delle regole. Atti del convegno annuale. Napoli 3-4 ottobre 2014», Editoriale scientifica, 295 ss.
- MAZZAMUTO M. 2018, *Partiti, movimenti, democrazia diretta e divieto di mandato imperativo*, in «Diritto e società», 2, 2018, 107 ss.
- MAZZAMUTO M. 2019. *Le tecniche di attuazione dei diritti nel processo amministrativo*, in GRISI G. (ed.), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, Jovene editore, 283 ss.
- MAZZAMUTO M. 2020a. *Orlando uno e trino versus Orlando dimenticato o immaginario*, in CORTESE F., CARUSO C, ROSSI S. (eds.), *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico. Vittorio Emanuele Orlando reloaded*, Franco Angeli, 309 ss.

- MAZZAMUTO M. 2020b. *Vittorio Emanuele Orlando, Santi Romano e Franco Gaetano Scoca*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. IV, Editoriale scientifica, 3555 ss.
- MAZZAMUTO M. 2021. *The formation of the Italian administrative justice system, European common principles of administrative law and “jurisdictionalization” of administrative justice in the nineteenth century*, in DELLA CANANEA G., MANNONI S., (eds.), *Administrative Justice Fin de siècle*, Oxford University Press, 301 ss.
- MESTRE J.L. 2011. *L’histoire du droit administratif*, in GONOD P., MELLERAY F., YOLKA P. (eds.), *Traité de droit administratif*, I, Dalloz.
- ORLANDO V.E. 1888. *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*, Utet.
- ORLANDO V.E. 1900. *Introduzione al diritto amministrativo*, in ID., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Società Editrice Libreria, 45 ss.
- ORLANDO V.E. 1940. *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in ID., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Giuffrè, 3 ss. (originariamente edito in «Archivio Giuridico», I, 1889).
- PAJNO A. 2020. *Santi Romano ed il Consiglio di Stato*, in MAZZAMUTO M. (ed.), *Santi Romano. L’ordinamento giuridico (1917-2017)*, Napoli, 23 ss.
- ROMANO S. 1901 *Le giurisdizioni speciali amministrative*, in V.E. ORLANDO (ed.), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. III, Società Editrice Libreria, 507 ss.
- ROMANO S. 1950. *Prime pagine di un manuale di diritto amministrativo*, in ID., *Scritti minori*, vol. II, Giuffrè, 425 ss.
- SALANDRA A. 1904. *La giustizia amministrativa nei governi liberi: con speciale riguardo al vigente diritto italiano*, Utet.
- SERRIGNY M. 1842. *Traité de l’organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil*, vol. I, Durand.
- SCHWARTZ B. 1954. *French Administrative Law and the Common-Law World*, New York University Press.
- VIVIEN A.F. 1841. *Le Conseil d’État*, in «Revue des deux mondes», 1841, 161 ss.
- WACHSMANN P. 2011. *La jurisprudence administrative*, in GONOD P., MELLERAY F., YOLKA P. (eds.), *Traité de droit administratif*, I, Dalloz, 563 ss.

I PRECEDENTI GIURISPRUDENZIALI NELL'ARGOMENTAZIONE GIUDIZIARIA

SILVIA ZORZETTO



I precedenti giurisprudenziali nell'argomentazione giudiziaria

Precedents in legal argumentation

SILVIA ZORZETTO

Professoressa associata presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche Cesare Beccaria, Università degli Studi di Milano.

E-mail: silvia.zorzetto@unimi.it.

ABSTRACT

Il contributo analizza alcune principali varianti di argomentazioni giuridiche che utilizzano i precedenti giudiziari. Lo studio affronta alcune *vexatae quaestiones* circa la idea che la giurisprudenza sia fonte di diritto e difende la tesi secondo cui il c.d. argomento del precedente cela, in realtà, una famiglia di argomenti eterogenei e molto più diffusi nella prassi di quanto non risulti dalle tassonomie classiche. Inoltre, lo studio difende la tesi che la giurisprudenza – per ragioni pragmatiche inerenti al ragionamento giuridico – sia inevitabilmente una *fonte del diritto*.

The article analyses some of the main variants of legal reasoning on the basis of judicial precedents. The study addresses some *vexatae quaestiones* regarding the notion that case law is a source of law and defends the thesis that the so-called precedent argument actually hides a family of heterogeneous arguments that are much more widespread in practise than the classical taxonomies. Furthermore, the study defends the thesis that case law - for pragmatic reasons inherent in legal argumentation - is necessarily a source of law.

KEYWORDS

precedenti giudiziari, argomenti giuridici, ragionamento giuridico, fonti del diritto, dottrina dello *stare decisis*

precedents, legal arguments, legal reasoning, sources of law, doctrine of *stare decisis*

I precedenti giurisprudenziali nell'argomentazione giudiziaria

SILVIA ZORZETTO

1. *Premessa e contesto di analisi* – 2. *Alcuni chiarimenti preliminari di metodo e contenuto* – 3. *Il punto di vista "interno": il quadro normativo* – 4. *Sul contributo dei precedenti alla formazione del diritto vigente e altre questioni correlate* – 5. *Una variegata famiglia di argomenti* – 6. *Riflessioni a margine.*

«Today is not only yesterday's tomorrow;
it is also tomorrow's yesterday»
(SCHAUER 1987)

1. *Premessa e contesto di analisi*

I precedenti giurisprudenziali sono legittimi o no, in che senso sono norme giuridiche e qual è la loro portata? Queste sono solo alcune delle questioni che ruotano attorno alla rilevanza dei precedenti giurisprudenziali nei sistemi giuridici¹.

* Versioni precedenti dell'analisi sono state discusse nel *workshop Legal Interpretation and Disagreements* della 14th SIFA Conference, *Shaping the future: What's the Role of Philosophy?* (22-24 settembre 2021), nel *Seminario de Discusión* sul tema *La construcción del precedente en el Civil Law: debates, conceptos y desafíos*, organizzato dalla *Revista Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México* (30 settembre 2021), nel *Seminario Argumentos jurídicos y precedentes jurisprudenciales de Teoría del Derecho y Lógica de Normas "Alchourron & Bulygin"* organizzato dal Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires (5 aprile 2022) e alle *X Jornadas Internacionales de Filosofía del Derecho de la UNAM - Mesa 10: Discusiones sobre el precedente judicial* presentando la relazione dal titolo "Reflexiones sobre los precedentes jurisprudenciales: ópacidad y dinamismo de la argumentación judicial?" (25 novembre 2022). Ringrazio per le opportunità di confronto A. Schiavello, D. Canale, A. Porciello, A. Núñez Vaquero, M. Gascón Abellán, S. Gómora Juárez, F. Carbonell, M.B. Arriagada Cáceres, J.P. Alonso, J.A. Rábanos, C.A. Agüero San Juan, L. Ramírez-Ludeña e E. Cuautle Rodríguez.

¹ Per semplicità e brevità, nel testo si parlerà solo di precedenti, intendendo sempre solo quelli giudiziari. Come è noto, però, non esistono solo precedenti giudiziari o giurisprudenziali. In molti sistemi giuridici basati sul principio dello Stato di diritto ossia che s'ispirano all'ideale normativo della c.d. *rule of law*, anche i precedenti degli altri organi dotati di potestà normativa che compongono le istituzioni e, in particolare, degli organi esecutivi sono rilevanti. Si discute molto ad esempio se gli atti e i provvedimenti emanati dal potere esecutivo siano vincolanti o autovincolanti per l'esecutivo stesso e per i cittadini (oltre al novero dei diretti destinatari del singolo atto/provvedimento). La questione viene spesso in luce in seno al dibattito sul principio di certezza e sulle legittime aspettative dei consociati verso le istituzioni. Incidentalmente, va notato che nei sistemi giuridici contemporanei appartenenti alla c.d. *western legal tradition* (vale a dire i sistemi di *civil law* continentali, come quello italiano, e di *common law*, nonché tutte le loro imitazioni, trasposizioni e ibridazioni dovute alle esperienze anche coloniali o semplicemente alla circolazione della cultura giuridica nei secoli; cfr. HALPÉRIN 2009 e CAIRNS 2013) di "precedenti" – della loro rilevanza, forza vincolante/persuasiva – si parla a proposito di ogni potere (giuridico/normativo), fatta eccezione per il potere legislativo: rispetto a questo potere tipicamente non si "guarda indietro", bensì tradizionalmente si "guarda avanti". Il principio generale cristallizzato dalla storia è quello *lex posterior derogat legi priori*: l'ideale sotteso è quello della continuità della produzione normativa la quale determina un accumulo di norme (ZORZETTO 2016), che viene "arginato" appunto mediante l'abrogazione (nelle sue numerose varianti, espresse e inesprese, disciplinate nei diversi ordinamenti giuridici). A scanso di equivoci, si precisa che questo dato storico non è affatto incompatibile con la corretta tesi di SCHAUER 1987, 572 s., sulla quale si tornerà in seguito, secondo cui: «An argument from precedent seems at first to look backward. The traditional perspective on precedent [...] has therefore focused on the use of yesterday's precedents in today's decisions. But in an equally if not more important way, an argument from precedent looks forward as well, asking us to view today's decision as a precedent for tomorrow's decisionmakers». Si lascia ad altra sede la riflessione circa le cause e i motivi della differente attitudine verso il *passato* e il *futuro* nel caso dei poteri legislativo, da un lato, e giudiziario ed esecutivo, dall'altro lato: cause e motivi che attengono più propriamente a storia, filosofia e teoria politica.

Le teorie e le dottrine elaborate dagli studiosi (tra gli altri, teorici del diritto, comparativisti e processualisti) per spiegare e/o giustificare il fenomeno del precedente sono, come noto, molto numerose² e prodotto, ognuna di esse, di una pluralità di assunti teorico-filosofici e di variegata concezioni del diritto e delle sue fonti (anche se il più delle volte tali assunti e concezioni restano inespressi nei discorsi e non sono sempre frutto di scelte consapevoli).

In questo contributo ci si propone di analizzare gli usi effettivi dei precedenti, riscontrati nella pratica dell'argomentazione giuridica³ da parte dei giudici. L'obiettivo dello studio è, per così dire, sperimentale. S'intende compiere un esperimento di sociologia giudiziaria offrendo una rassegna esemplificativa degli usi.

Non sarà delineato dunque né un modello ideale di precedente (quale regola di giudizio, schema o tecnica di giudizio), né un modello normativo circa il funzionamento del precedente (i.e. come dovrebbe essere utilizzato), né una dottrina che ne giustifichi l'impiego nei diritti vigenti⁴.

L'analisi, d'altra parte, è gioco forza figlia di premesse metodologiche non neutre.

In particolare, si muove dalla convinzione che l'osservazione della prassi sia essenziale se si vuole comprendere, al di là delle teorie e dei modelli ideali, il ruolo reale che i precedenti svolgono nei sistemi giuridici.

Si procederà in modo necessariamente selettivo e circoscritto, data la straordinaria ampiezza dei problemi irrisolti in materia e la pluralità di contesti in cui i precedenti sono esaminati. Concentrerò l'attenzione sulla prassi delle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione (di seguito, in breve, "SUCC"). A conferma della natura non isolata degli usi giudiziari che saranno censiti, saranno richiamate alcune sentenze dell'ultimo decennio della Corte Costituzionale, del Consiglio di Stato, nonché delle sezioni semplici della Corte di Cassazione.

Nonostante il carattere *locale* dell'analisi, si confida che si possano trarre indicazioni di portata generale, almeno per i sistemi giuridici esistenti di matrice continentale, cioè appartenenti alla stessa tradizione giuridica di quello italiano⁵.

L'analisi mostrerà che i precedenti possono essere utilizzati in numerosi modi e per svolgere ruoli eterogenei nella giustificazione. Gli usi argomentativi che fanno riferimento ai precedenti non possono essere facilmente ridotti a un unico argomento. Di conseguenza, piuttosto che di

² Anche per questo motivo, cioè per la straordinaria ampiezza della letteratura sull'argomento, le note bibliografiche che seguono sono minime, limitate ai riferimenti diretti più essenziali per l'analisi.

³ Per argomentazione giuridica s'intende, in senso minimale, quel processo giustificativo che è esplicito, generale-abstracto e che sottende una certa conclusione giuridica. In questo contesto, le argomentazioni giuridiche sono le ragioni addotte per sostenere una conclusione pratica. In particolare, le argomentazioni giuridiche saranno discusse in relazione alle ragioni addotte per giustificare una certa soluzione interpretativa "in astratto" e/o l'applicazione di una o più norme giuridiche a un determinato caso concreto. Avendo come oggetto questo scritto i precedenti giudiziari, le argomentazioni giuridiche considerate nel seguito saranno unicamente argomentazioni giudiziarie: quelle rinvenibili dalla motivazione dei provvedimenti selezionati.

⁴ Tra le numerose proposte, merita di essere ricordata in particolare quella elaborata da WALDRON 2012, la quale – come si vedrà – riflette più aspetti effettivamente caratteristici della prassi dei precedenti: almeno nel contesto esaminato nel presente contributo. Il punto di vista di Waldron è dunque sì dichiaratamente normativo, ma ha il pregio di non essere avulso dalla realtà e offrire più chiavi esplicative circa il punto di vista interno dei giudici.

⁵ Con ciò, è bene chiarirlo, non si aderisce a una particolare concezione, tra le molte proposte, circa le somiglianze e differenze tra gli ordinamenti giuridici di *civil law* e di *common law*. La stessa distinzione – come noto – è stata da più parti messa in discussione ovvero difesa sulla base di argomenti nuovi analoghi nuovi differenti. In linea di principio, il progressivo affinarsi delle analisi comparatistiche e il procedere della storia contemporanea mostrano che siamo piuttosto dinanzi a uno spettro continuo anziché a una polarità. Sta di fatto che il dibattito tra i sostenitori e i detrattori della differenza tra sistemi di *civil law* e *common law* e il ruolo più o meno analogo che i precedenti hanno negli uni e negli altri è ampiamente condizionato da ideologie e modelli precostituiti circa queste tradizioni e le loro caratteristiche tipiche. Qualunque sia la propria convinzione in proposito, comunque, non viene qui in rilievo e non ha un impatto sull'analisi. Circa le tendenze oggi serpeggianti nella giurisprudenza europea, anche in seno al diritto amministrativo, si v. CIVITARESE 2015.

argomentazione o argomento – *al singolare* – pare più opportuno parlare, *al plurale*, di argomentazioni e argomenti basati sui precedenti giurisprudenziali.

La pratica rivela la esistenza di una complessa famiglia di argomenti con numerose varianti, alcune delle quali addirittura incompatibili e alternative tra loro. Come molti altri argomenti giuridici (VELLUZZI 2013), anche quelli relativi ai precedenti possono essere combinati in vari modi e collocati a più livelli della catena argomentativa-giustificativa, assumendo una pluralità di funzioni. Ci sono argomenti primari, argomenti secondari, argomenti ausiliari, argomenti concorrenti, ecc. Per quanto riguarda le argomentazioni giuridiche che fanno riferimento ai precedenti, la loro collocazione a livello di argomentazione giudiziaria, così come la loro combinazione con altre argomentazioni sono contingenti. Altrettanto contingente è la loro forza argomentativa e giustificativa.

Beninteso: tutto quanto sopra, e ciò che seguirà nei prossimi paragrafi, è influenzato da ipotesi fondamentali su cosa si intenda per “diritto (vigente)”, “giudice”, “norma”, “fonte del diritto”, “argomento (giuridico)”, “motivazione”, e così via. Si confida, tuttavia, che l’approccio adottato sia sufficientemente trasparente rispetto alle proprie premesse e sia quindi proficuo per il dialogo, anche con chi abbraccia altre premesse.

2. Alcuni chiarimenti preliminari di metodo e contenuto

Se il tema che ci occupa è estremamente controverso, controversi sono anche i presupposti da cui si muove e le scelte metodologiche e terminologiche alla base dell’analisi. I chiarimenti sopra accennati e che seguiranno non vanno intesi come definizioni generali dei concetti trattati. Piuttosto, sono funzionali all’analisi e quindi sono da intendersi quali strumenti *operativi* per la realizzazione della ricerca.

Con le espressioni “precedente giudiziario”, “precedente giurisprudenziale” o semplicemente “precedente” ci si riferisce a qualsiasi decisione giudiziaria in senso stretto, pronunciata in un momento precedente e il cui testo ufficiale sia accessibile (ad esempio in banche dati o raccolte di giurisprudenza) e a cui si fa riferimento in un’altra decisione.

La definizione è stipulativa e funzionale all’analisi meta-giurisprudenziale che viene effettuata attraverso una ricerca prevalentemente sintattico-semantica, cioè attraverso la ricerca di parole chiave nelle banche dati dei provvedimenti normativi emanati dalle Corti.

Sia chiaro però che, a livello concettuale, è ben possibile che esistano precedenti che non sono pubblici o pubblicati (NÚÑEZ VAQUERO 2020a), anche se *un precedente* (per poter acquisire qualche rilevanza almeno *in potenza*) deve essere quanto meno conosciuto da qualcuno che non sia il suo autore. Questo con la unica eccezione dell’auto-precedente in senso stretto, cioè quando la stessa autorità decide in un momento successivo sulla base di ciò che ha deciso in passato⁶.

In altre parole: l’analisi si concentra sui precedenti “pubblici” perché sono quelli rilevanti nella pratica giurisprudenziale dei diritti esistenti.

⁶ Va precisato che, negli attuali ordinamenti, esiste l’ulteriore problema che la potestà normativa non coincide con una specifica persona fisica: né nell’ipotesi di organi collegiali, né in quella di organi monocratici dove ciò che rileva è l’organo come istituzione, non la persona fisica che di volta in volta lo detiene. Ciò implica che anche il c.d. auto-precedente non potrebbe esistere senza la conoscenza pubblica delle decisioni, oltre il suo autore. Questo, salvo il caso residuale dell’auto-precedente che si riferisce non all’organo o all’autorità emanante, ma all’individuo che ne è l’autore e che, avendone memoria individuale, potrebbe applicare quanto già deciso successivamente, anche senza che nessun altro lo sappia. Un caso simile, tuttavia, è praticamente solo di scuola e difficilmente esso rientrerebbe nell’uso corrente della parola “precedente”. Il che appunto dimostra come l’elemento temporale (prima / dopo) di per sé sia necessario, ma non sufficiente, un altro elemento proprio della nozione corrente essendo il fatto di essere “pubblico” e, come tale, “conoscibile” da parte degli altri partecipanti alla pratica giuridica.

Quello qui adottato, ovviamente, non è l'unico approccio possibile allo studio dei precedenti giurisprudenziali. Come è noto, è possibile effettuare analisi concettuali senza partire dai dati testuali. Tuttavia, in una materia così complessa e controversa, che può essere considerata una vera e propria giungla in cui si è detto e si dice tutto e il suo contrario, si ritiene utile prendere le mosse da quanto emerge dai testi dei provvedimenti giudiziari. Ciò per avviare un confronto che abbia un minimo di punti di appoggio *intersoggettivi* (se non oggettivi).

I precedenti giurisprudenziali saranno quindi esaminati muovendo dagli usi espliciti, indagando i riferimenti espressi nelle motivazioni delle decisioni giudiziarie.

Prima di analizzare la prassi giudiziaria, sarà utile ripercorre molto brevemente alcuni principali indicatori dei precedenti giurisprudenziali presenti nelle fonti canoniche ufficiali (cioè le leggi e gli atti equivalenti dell'ordinamento italiano). Questo perché per comprendere gli usi effettivi dei precedenti dal punto di vista interno è essenziale considerare il contesto normativo in cui essi si collocano. Il contesto normativo influenza infatti le operazioni argomentative e gli stili giurisprudenziali e la stessa visione (ideologie, convinzioni e credenze) dei giudici circa i precedenti giurisprudenziali e viceversa.

Nell'approccio qui difeso, sarebbe insomma metodologicamente scorretto estrapolare l'analisi dei precedenti indipendentemente dal contesto normativo di riferimento. Detto altrimenti: se si vuole indagare come i precedenti sono effettivamente utilizzati dai giudici, non si può ignorare il contesto in cui gli usi si situano. Contesto e usi sono in un certo senso un tutt'uno, essendo il primo in via olistica la sommatoria dei secondi. In una prospettiva pragmatica non esiste un contesto a prescindere dagli usi: ciascun uso anzi contribuisce alla creazione del corrispondente contesto normativo.

Ovviamente tutto ciò, e in particolare la decisione di condurre una ricerca testuale, non significa che i precedenti giurisprudenziali non possano essere utilizzati tacitamente.

In realtà, è vero il contrario se si parte dalla premessa che i precedenti giurisprudenziali sono anche norme (giuridiche)⁷ che, come tali, hanno sostanza concettuale/ideale.

Tanto è vero che si tratta di norme il cui ambito di applicabilità è controverso, a cominciare proprio dal se e in che misura possano essere considerate astratte e generali o generalizzabili al di là del caso in cui la singola decisione è emessa.

Relativamente ai precedenti giurisprudenziali si ripropongono dunque tutte le questioni di teoria generale circa la natura delle norme e dei concetti giuridici, delle enunciazioni e degli enunciati che formano il discorso giuridico, etc.

Senza entrare nel merito di queste questioni, ci si limita a notare che è concettualmente possibile – e di fatto accade – che i precedenti giurisprudenziali vengano utilizzati anche in forma non espressa. In altre parole – e ciò risulterà chiaro dall'analisi – è possibile che un precedente venga richiamato o utilizzato per qualche scopo in una decisione senza citarlo espressamente. Questo vale, tra l'altro, vuoi nel caso in cui lo si condivida o lo si accetti, cioè lo si faccia proprio come prescrizione/guida della condotta, vuoi nel caso in cui lo si rifiuti⁸.

⁷ Nel testo non si abbraccia (non essendo essenziale per l'analisi) alcuna teoria circa la controversa distinzione tra regole/norme/principi. Salvo diverse precisazioni infra a proposito di taluni usi censiti nella prassi, di conseguenza, si parlerà di "norme" e "regole" in maniera pressoché fungibile. Parlando di "precedenti come norme" s'intende fare riferimento a *norme giuridiche purchessia*, a prescindere dal grado di generalità e astrattezza, nonché dal tasso di genericità, determinatezza, vaghezza, ambiguità etc. che ciascuno, come qualsiasi altra norma può avere a seconda dei contenuti e delle circostanze.

⁸ Su questo punto si veda lo studio di MUFFATO 2009 che opportunamente distingue non solo tra "uso" e "menzione", ma anche tra "sottoscrizione" e "non-sottoscrizione", rilevando come in ambito ordinario e giuridico si possano dare tutte le ipotesi. Vi è insomma una matrice data anche dall'incrocio delle opzioni. Nel caso dei precedenti, in particolare, si danno casi di precedente: (i) *usato e sottoscritto* (cioè usato in una successiva decisione come prescrizione rilevante e condivisa, "accettata" come guida della condotta); (ii) *usato e non-sottoscritto* (i.e. usato come regola della decisione da un altro giudice, benché da lui non sia condiviso: è il caso del precedente utilizzato dal giu-

D'altra parte, gli usi dei precedenti considerati non si limitano alla situazione in cui la *ratio decidendi* di un caso è considerata vincolante per la decisione di un caso successivo. Pertanto, il precedente di cui si parlerà non si riferisce necessariamente solo al caso specifico deciso in t_1 , simile a un altro caso specifico già deciso in t_0 , in cui la *ratio decidendi* in t_0 è usata e sottoscritta nella decisione resa in t_1 ⁹.

Come si vedrà, i precedenti sono menzionati e/o usati dai giudici anche senza divenire regole della decisione, e non perciò sono irrilevanti. Sono utilizzati anche quando la somiglianza tra i casi è dubbia o addirittura inesistente. Accade anche che la somiglianza dei casi concreti non sia rilevante o non possa essere giustificata, perché si utilizza un principio generale-astratto contenuto in un precedente, ma che è indipendente dalle circostanze del caso e/o che non è la *ratio decidendi* di quel caso.

In modo un po' provocatorio, si potrebbe dire che la presente analisi mira a portare alla luce, anche se non principalmente, gli usi "spuri"¹⁰ o, almeno, l'ampio spettro di usi che vanno al di là del caso "puro" (secondo il pensiero tradizionale) di precedente vincolante in cui la decisione in t_1 è giustificata sulla base di una decisione resa in t_0 perché quest'ultima si pone come regola vincolante per il successivo caso in t_1 .

L'intento è mostrare che gli usi del precedente sono molto diffusi nella pratica giuridica e assai eterogenei. Non interessa prendere posizione su quale sia la definizione di precedente più appropriata, se sia più opportuno adottare una nozione ristretta o meno a livello teorico¹¹. Per quanto discutibile possa sembrare, andando controcorrente il proposito è sondare proprio quelle situazioni in cui i giudici fanno riferimento ai precedenti in modo non ortodosso secondo la dottrina classica del precedente.

In altre parole: secondo la visione più rigorosa, sono "veri" o "puri" solo gli usi del precedente giudiziario che riflettono la regola del precedente vincolante¹². Seguendo questa linea di pensie-

dice, suo malgrado); (iii) *menzionato e sottoscritto* (si richiama un precedente di cui si condivide il contenuto, senza che però assurga a prescrizione in quel caso); (iv) *menzionato e non-sottoscritto* (si richiama un precedente di cui non si condivide il contenuto senza che assurga a guida della condotta). E vi sono pure casi di precedenti *non usati e/o non menzionati e non sottoscritti*: semplicemente perché, ad esempio, non noti a chi decide, il che è fisiologico considerata la sterminata quantità di decisioni che vengono emesse. Ancora, non sono rari i precedenti non usati e non menzionati *perché* non sottoscritti: sono tutti i casi, in cui conoscendo il precedente, ma non approvandolo, il giudice successivo si limita a ignorarlo, anziché menzionarlo e argomentare contro la sua applicazione, ovvero usarlo nonostante la sua personale diversa convinzione.

⁹ Questa nozione ristretta di precedente è quella adottata, ad esempio, da TARUFFO 2014, 39, secondo il quale: «Il "vero" precedente, infatti, è costituito o può essere costituito, da una decisione che successivamente viene considerata come una regola che si applica anche in casi successivi. Invece, la giurisprudenza è costituita da un insieme di decisioni, che può anche essere numeroso – come nel caso della nostra Corte di Cassazione – e può includere centinaia o migliaia di sentenze sulle medesime questioni di diritto. Nulla di strano, allora, se la giurisprudenza può essere – e spesso è – ridondante, variabile, ambigua e contraddittoria, perché sulla stessa questione di diritto si possono verificare orientamenti interpretativi diversi e variabili. Estremizzando il discorso (ma non troppo) si può dire che una giurisprudenza come quella prodotta dalla Cassazione italiana è paragonabile ad una specie di immenso supermercato in cui, con la dovuta pazienza, ognuno può trovare ciò che vuole (ed anche il suo contrario)». Continuando con la metafora, la presente analisi è un'indagine su ciò che questo "supermercato" offre.

¹⁰ L'aggettivo "spurio" non deve essere inteso in accezione negativa: è usato assumendo di porsi dal punto di vista della dottrina tradizionale rispetto alla presente indagine. Non è il punto di vista adottato nell'analisi, come spiegato nel testo.

¹¹ Così dicendo non si disconosce affatto, ovviamente, l'importanza degli studi dedicati al precedente vincolante e alla comprensione del suo fondamento e funzionamento a livello di teoria della norma. Al contrario, anche questi studi (si vedano in particolare gli studi di SCHAUER 1987 e 2011; CHIASSONI 2012; ARRIAGADA CÁCERES 2021; NÚÑEZ VAQUERO, ARRIAGADA CÁCERES 2021) sono essenziali nella prospettiva qui indagata e la presente analisi vuole essere più che altro un complemento descrittivo di ciò che i giudici dicono di fare e/o fanno con i precedenti giurisprudenziali.

¹² Vale a dire, la meta-regola secondo la quale, assumendo l'"identità" di *ratio decidendi* nei due casi 0 e 1 , la decisione in t^1 è giustificata sulla base della decisione t_0 perché quest'ultima si pone come regola vincolante per il successivo caso in t_1 .

ro, solo un'argomentazione giuridica in senso proprio fa uso del precedente, ed è quella che giustifica la decisione successiva sulla base del precedente, assumendo l'"identità" della *ratio decidendi* nei due casi. Sennonché è un fatto che la pratica va ben oltre questo ideale.

A prescindere quindi dalla circostanza su quale sia l'uso più "vero" o "puro" del precedente, si voglia o no parlare di precedenti in altri casi, o li si voglia considerare falsi precedenti o altro, i giudici parlano di precedenti in molti altri casi in cui la visione classica non ammetterebbe che si tratti di precedenti.

D'altra parte, anche le visioni più tradizionali e classiche del precedente finiscono per divergere e, di fatto, non riescono a far sì che la prassi rifletta una definizione preconcepita, per così dire di laboratorio, di precedente.

Guardando la situazione giurisprudenziale e dottrinale/teorico-generale con disincanto, emerge un salto tra *teoria* e *prassi* del precedente, tra ciò che si dice e ciò che si fa con i precedenti.

Gli usi espliciti dei precedenti mostrano che è possibile – e di fatto accade – che i precedenti siano solo menzionati o citati (siano essi condivisi o non condivisi dal decisore), ma non usati come regole rilevanti, e tanto meno orientative o decisive, per la decisione.

In tutti i casi in cui il ricorso al precedente non rispecchia il tipo ideale "puro" (secondo una certa dottrina ritenuta prevalente), il riferimento al precedente potrebbe apparire, almeno *prima facie*, non autentico o non genuino o potrebbe sembrare declamatorio, simbolico o fittizio per la risoluzione del caso specifico.

Tuttavia, sarebbe frettoloso pensare che si tratti di mero *flatus vocis* o di non-senso dal punto di vista semantico-pragmatico. Usi per così dire "extra-vaganti", "apocriefi" o "spuri" possono svolgere e sovente svolgono funzioni oblique, indirette o espressive a vario proposito. Lo studio di queste funzioni sarà oggetto di successivi approfondimenti di questa analisi: qui ci si limita a sottolineare che l'influenza e la rilevanza di questi usi dipende, tra gli altri fattori, dallo scopo comunicativo perseguito dal mittente e dal destinatario del messaggio. Di norma, questi scopi sono estranei al processo e perseguono intenti di politica giudiziaria, politica del diritto o politica *tout court* che vanno oltre il caso specifico. Inoltre, i destinatari sono spesso esterni al processo e possono anche essere esterni al sistema giudiziario (i giudici "parlano" ai politici, all'opinione pubblica, ecc.).

In generale, si può osservare che la giurisprudenza contiene sì precedenti rilevanti (nel senso di rilevanti ed effettivamente applicati alla soluzione del caso concreto), ma anche precedenti che sono solo presuntivamente o ipoteticamente rilevanti per la decisione di un caso concreto. Ciò è particolarmente evidente nelle motivazioni delle decisioni (cioè nei loro testi pubblici e/o pubblicati) che devono tenere conto, tra l'altro, delle osservazioni delle parti in causa e, più, in generale dei discorsi dei vari attori del processo.

Va poi ricordato che un precedente (in sé e per sé considerato, anche ove non ripreso da alcun altro successivo decisore) è una *norma* (i.e. *prescrizione/ragione d'azione*): una guida, quanto meno, della condotta del giudice emittente, a pena d'incoerenza (ove si trovasse a decidere un altro caso simile), nonché per i destinatari della decisione, a pena d'inosservanza. Come ogni altra norma, è suscettibile d'*universalizzabilità* almeno a livello di ragionamento.

Di qui, la "forza" del precedente: cioè la possibilità che qualsiasi decisione singolare e concreta diventi (più o meno) generale e astratta. Che possa potenzialmente applicarsi a chiunque si trovi nella medesima situazione.

Si noti infine che, nel momento in cui ogni decisione viene presa, nessuno può sapere se le sue decisioni saranno o non saranno note, usate, condivise da altri, per cui, in questo senso, può esistere, al massimo, un'aspettativa o un desiderio *de facto* da parte dell'emittente che la sua decisione diventi un precedente per altri. Non si può escludere neppure e, anzi, vi sono più casi di storia giudiziaria che testimoniano che decisioni prese dal punto di vista dell'emittente con la speranza di rimanere "casi isolati" siano invece andate oltre le intenzioni dell'autore finendo per "fare giurisprudenza".

È vero, per converso, che alcune decisioni sono prese anche, se non prevalentemente, con il proposito di orientare le future decisioni di altri giudici o anche di altri partecipanti alla pratica

giuridica. La propensione più o meno accentuata di alcuni giudici a rivolgersi (non tanto o non solo alle parti in causa, quanto piuttosto se non addirittura in via prioritaria) ad altri giudici, ai consociati o ad altre autorità normative o giuridiche – nell’ambito della sociologia giudiziaria – è un elemento che spiega (*ma non significa che giustifichi*) l’uso straordinariamente diffuso dei precedenti nella prassi contemporanea.

3. Il punto di vista “interno”: il quadro normativo

Per analizzare la prassi delle SUCC, è utile ricordare alcune disposizioni che sono generalmente considerate come indicatori della rilevanza dei precedenti nel diritto italiano¹³.

Essendo testi normativi tanto noti, quanto oggetto di innumerevoli discussioni di seguito sono citati testualmente senza commentarne le variabili letture offerte dalla giurisprudenza e dottrina.

Art. 65(1) *Attribuzioni della corte suprema di cassazione*, R.D. n. 12, 30 gennaio 1941, *Ordinamento giudiziario* «La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge, l’unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni [...]».

Art. 360-bis c.p.c. *Inammissibilità del ricorso*. «Il ricorso è inammissibile: 1) quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l’esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l’orientamento della stessa [...]».

Art. 363 c.p.c. *Principio di diritto nell’interesse della legge*¹⁴ «Quando le parti non hanno proposto ricorso nei termini di legge o vi hanno rinunciato, ovvero quando il provvedimento non è ricorribile in cassazione e non è altrimenti impugnabile, il Procuratore generale presso la Corte di cassazione può chiedere che la Corte enunci nell’interesse della legge il principio di diritto al quale il giudice di merito avrebbe dovuto attenersi. [...] la Corte si pronunci[a] a sezioni unite se ritiene che la questione è di particolare importanza. Il principio di diritto può essere pronunciato dalla Corte anche d’ufficio, quando il ricorso proposto dalle parti è dichiarato inammissibile, se la Corte ritiene che la questione decisa è di particolare importanza. La pronuncia della Corte non ha effetto sul provvedimento del giudice di merito».

Art. 374 c.p.c. *Pronuncia a sezioni unite*. «il primo presidente può disporre che la Corte pronunci a sezioni unite sui ricorsi che presentano una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni semplici, e su quelli che presentano una questione di massima di particolare importanza. Se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso»¹⁵.

¹³ Sulla base di queste disposizioni, i giudici stessi hanno anche creato protocolli per la semplificazione della redazione degli atti giudiziari, linee guida per la redazione di atti e provvedimenti giudiziari, nonché “progetti” su temi specifici per orientare la giurisprudenza. Ad esempio, i più recenti sono il Progetto esecuzioni e il Progetto salute della III Sezione civile della Corte di Cassazione. Nel testo saranno citate solo le disposizioni relative ai procedimenti civili, con riferimenti in nota alle disposizioni relative ai procedimenti amministrativi. Disposizioni analoghe esistono anche per il processo penale (cfr. art. 618, comma 1-bis, c.p.p.) e il dibattito sul diritto penale e sulla nomofilachia delle Sezioni Unite Penali della Corte di Cassazione è sempre più vivace.

¹⁴ Una disposizione analoga esiste nel processo amministrativo all’art. 99 c.p.a. *Rinvio all’adunanza plenaria* (del Consiglio di Stato).

¹⁵ Significativo per la presente analisi è il confronto con la disciplina prevista all’art. 618 c.p.c. per le decisioni a Sezioni Unite penali della Corte; a seguito della novella del 2017, infatti: «1. Se una sezione della corte rileva che la questione di

Art. 118 disp. att. c.p.c. *Motivazione della sentenza* (da leggersi in coordinamento con l'art. 132, comma 2, n. 4, c.p.c.)¹⁶ «La motivazione della sentenza [...] consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi. Debbono essere esposte concisamente e in ordine le questioni discusse e decise dal collegio ed indicati le norme di legge e i principi di diritto applicati. Nel caso previsto nell'articolo 114 del codice debbono essere esposte le ragioni di equità sulle quali è fondata la decisione. In ogni caso deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici».

Art. 348-ter c.p.c. *Decisione sull'inammissibilità dell'appello* in coordinamento con l'art. 348-bis, co. 1, c.p.c.¹⁷, considerando la disciplina fino alla recente riforma del codice di rito, «[...] il giudice, prima di procedere alla trattazione, sentite le parti, dichiara inammissibile l'appello, [...] con ordinanza succintamente motivata, anche mediante il rinvio agli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa e il riferimento a precedenti conformi», «quando [l'impugnazione] non ha una ragionevole probabilità di essere accolta».

Il nuovo art. 436-bis c.p.c. (*Inammissibilità, improcedibilità, manifesta fondatezza o infondatezza dell'appello*) introdotto con la nuova riforma ex d.lgs. 149/2022 in coordinamento con i nuovi artt. 348, 348-bis e 350 c.p.c. prevede che il Collegio della Corte di Appello « [...] pronunci sentenza dando lettura del dispositivo e della motivazione redatta in forma sintetica, anche mediante esclusivo riferimento al punto di fatto o alla questione di diritto ritenuti risolutivi o mediante rinvio a precedenti conformi».

Infine, nell'ambito dell'attuale riforma del processo civile, si prevede che l'ufficio per il processo da istituirsi presso i tribunali e le corti d'appello avrà, *inter alia*, il compito di «catalogazione, archiviazione e messa a disposizione di precedenti giurisprudenziali»¹⁸; inoltre, l'ufficio per il processo presso la Corte di Cassazione, si occuperà, tra l'altro, di supportare i magistrati fornendo informazioni circa «l'esistenza di precedenti specifici» e «l'individuazione di tematiche seriali», svolgendo «ricerche di giurisprudenza, di legislazione, di dottrina»¹⁹; ancora, con riferimento alla Procura generale della Corte di Cassazione si prevede un «supporto ai magistrati comprendenti, tra l'altro, l'attività di

diritto sottoposta al suo esame ha dato luogo, o può dar luogo, a un contrasto giurisprudenziale, su richiesta delle parti o di ufficio, può con ordinanza rimettere il ricorso alle sezioni unite. 1-bis. Se una sezione della corte ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso. 1-ter. Il principio di diritto può essere enunciato dalle sezioni unite, anche d'ufficio, quando il ricorso è dichiarato inammissibile per una causa sopravvenuta». Va ricordato che – secondo la Corte Costituzionale – nel processo civile e penale vi è la possibilità che, non condividendo il “diritto vivente” e/o principi di diritto enunciati dalle Sezioni Unite, le sezioni semplici rinviino alle S.U. per una nuova valutazione ovvero sollevare una questione di legittimità costituzionale; ciò tuttavia non osta a che le sezioni semplici direttamente promuovano scrutinio di costituzionalità qualora ritengano che «il significato in cui le disposizioni “vivono” secondo l'indirizzo giurisprudenziale consacrato» dalle Sezioni Unite e ampiamente condiviso contrasti con parametri costituzionali (cfr. ad es. C. Cost. sent. n. 111/2022 e precedenti ivi citati).

¹⁶ Una disposizione analoga è prevista per il processo amministrativo all'art. 74 c.p.a. *Sentenze semplificate*.

¹⁷ La disposizione è modificata dalla riforma della procedura civile in corso di elaborazione: cfr. art. 1, co. 8, lett. e) Legge 26 novembre 2021 n. 206 di «Delega al Governo per l'efficienza del processo civile [...]», secondo cui l'impugnazione che non ha ragionevole probabilità di essere accolta dovrà essere dichiarata manifestamente infondata con sentenza succintamente motivata anche mediante rinvio a precedenti conformi. Il d.lgs. 149/2022 prevede, all'art. 3 “Modifiche al Codice di Procedura civile”, l'abrogazione dell'art. 348-ter e una nuova disciplina ex artt. 348bis e 350bis secondo cui l'impugnazione inammissibile o manifestamente infondata è decisa nella forma della discussione orale e la sentenza è motivata in forma sintetica, anche mediante esclusivo riferimento al punto di fatto o alla questione di diritto ritenuti risolutivi o mediante rinvio a precedenti conformi.

¹⁸ Cfr. art. 1, co. 18, lett. b) n. 4) Legge 26 novembre 2021 n. 206.

¹⁹ Cfr. art. 1, co. 18, lett. c) n. 2.2.) Legge 26 novembre 2021 n. 206. Per l'attuazione di quanto indicato nella legge delega si veda il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 151 in G.U. n. 243 del 17-10-2022 - Suppl. Ordinario n. 38, vigente dal 1 novembre 2022. Come noto, la disciplina non può considerarsi definitiva essendo in corso di discussione possibili emendamenti alla riforma.

ricerca e analisi su precedenti, orientamenti e prassi degli uffici giudiziari di merito che formano oggetto dei ricorsi e di individuazione delle questioni che possono formare oggetto del procedimento per l'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge previsto dall'articolo 363 del codice di procedura civile»²⁰.

Oltre a ciò, è introdotta la possibilità per il giudice di merito di sottoporre direttamente la questione alla Corte di Cassazione con un rinvio pregiudiziale subordinato alla sussistenza dei seguenti presupposti: «1.1) la questione è esclusivamente di diritto, non ancora affrontata dalla Corte di cassazione e di particolare importanza; 1.2) la questione presenta gravi difficoltà interpretative; 1.3) la questione secondo la legge delega è suscettibile di porsi in numerose controversie». Sulla questione decideranno le Sezioni Unite o semplici a seconda dei casi e la decisione sarà «vincolante nel procedimento nell'ambito del quale è stata rimessa la questione e conserva tale effetto, ove il processo si estingua, anche nel nuovo processo che è instaurato con la riproposizione della medesima domanda nei confronti delle medesime parti»²¹.

Alla luce della complessiva riforma, è più che lecito attendersi una “efficacia espansiva” delle decisioni rese sui rinvii pregiudiziali. Del resto, i rinvii pregiudiziali (basti ricordare quelli in seno al sistema giurisdizionale dell'UE) per loro stessa vocazione sono strumenti funzionali ad accrescere la rilevanza dei precedenti. Gli altri principi della legge delega sopra ricordati parlano da sé in proposito. Non vi è quindi dubbio che, secondo il legislatore attuale, i precedenti continuo *de iure condito*.

Intorno alle disposizioni vigenti sopra citate, anch'esse frutto di riforme che si sono succedute negli anni, si è sviluppato un dibattito destinato a non spegnersi alla luce della riforma in corso. Tra le tante vi sono questioni da sempre aperte nella teoria generale del diritto: se e in che senso i precedenti giurisprudenziali siano rilevanti nell'ordinamento italiano; se siano vincolanti o solo autorevoli punti di riferimento per l'interpretazione e l'applicazione delle norme nei casi successivi; se e in che misura i giudici siano creatori di diritto e la giurisprudenza stessa una fonte di diritto, etc.

Nel dibattito (teorico-generale e processualcivilistico) si sono avanzati argomenti a sostegno di ciascuna tesi e del suo contrario, che rimangono controversi e discutibili²².

Volendo semplificare al massimo, *sul piano teorico* vi sono tesi scettiche o iper-scettiche sulla impossibilità di pervenire a un sistema ordinato e vincolante di precedenti; *sul piano pratico*, vi è la

²⁰ Cfr. art. 1, co. 18, lett. d) n. 2.2.) Legge 26 novembre 2021 n. 206.

²¹ Cfr. art. 1, co. 9, lett. g) Legge 26 novembre 2021 n. 206. Il d.lgs. 149/2022 ha dato attuazione a questi principi introducendo il nuovo art. 363-bis (*Rinvio pregiudiziale*) ai sensi del quale “Il giudice di merito può disporre con ordinanza, sentite le parti costituite, il rinvio pregiudiziale degli atti alla Corte di cassazione per la risoluzione di una questione esclusivamente di diritto, quando concorrono le seguenti condizioni:

1) la questione è necessaria alla definizione anche parziale del giudizio e non è stata ancora risolta dalla Corte di cassazione;

2) la questione presenta gravi difficoltà interpretative;

3) la questione è suscettibile di porsi in numerosi giudizi.

L'ordinanza che dispone il rinvio pregiudiziale è motivata, e con riferimento alla condizione di cui al numero 2) del primo comma reca specifica indicazione delle diverse interpretazioni possibili.

[...]

Il primo presidente, ricevuta l'ordinanza di rinvio pregiudiziale, entro novanta giorni assegna la questione alle sezioni unite o alla sezione semplice per l'enunciazione del principio di diritto, o dichiara con decreto l'inammissibilità della questione per la mancanza di una o più delle condizioni di cui al primo comma.

[...]

Il principio di diritto enunciato dalla Corte è vincolante nel procedimento nell'ambito del quale è stata rimessa la questione e, se questo si estingue, anche nel nuovo processo in cui è proposta la medesima domanda tra le stesse parti”.

²² Si veda in particolare PASSANANTE 2018, il quale contro facili derive iper-scettiche, esamina con disincanto i numerosi problemi che rendono difficile nell'ordinamento giuridico (italiano e non solo) un'adeguata regolamentazione dei precedenti giurisprudenziali e, quindi, la costruzione di un sistema ordinato di precedenti.

constatazione realistica – per nulla incompatibile con la tesi teorica iper-scettica – che ogni decisione giudiziale è, quanto meno, condizionata dal contesto giurisprudenziale in cui è prodotta.

In realtà, nella pratica, molto raramente esiste un unico orientamento su una determinata materia, per cui, a fronte di una giurisprudenza normalmente non univoca o anzi articolata in più direzioni, c'è sempre la possibilità che ogni giudice decida il proprio caso seguendo un precedente o un altro. In altre parole, a prescindere dall'ideale di un *sistema (ben)* ordinato di precedenti vincolanti (e ogni tentativo di evolvere in quella direzione), la pratica dei sistemi giuridici attuali sembra essere lontana da questo ideale.

È chiaro, tuttavia, che parlare di un *sistema* di precedenti giudiziari e, in particolare, di un sistema *ben* ordinato, non è qualcosa di scontato: significa assumere che i precedenti non siano semplicemente un fatto caotico, che non ci sia semplicemente un accumulo di decisioni di fatto. Parlare di sistema implica, infatti, l'esistenza di criteri di ordinamento e collegamento. Ciò è tanto più vero se si considera l'idea di un sistema “ben ordinato”, che è una nozione piena di valore. Parlare di un sistema male ordinato o caotico sembra quasi un ossimoro e, in ogni caso, qualcosa che non va perseguito e, anzi, si cerca di arginare. D'altra parte, i criteri di (buon) ordinamento nel campo dei precedenti non sono affatto condivisi né in pratica né in teoria. Se in proposito non vi sono (o non si sono comunque ancora rintracciate) soluzioni semplici, preme notare che considerare l'ideale di un sistema ben ordinato di precedenti come utopico e impossibile o, al contrario, supporre che i diritti esistenti possano avvicinarsi a esso, non è irrilevante in termini di politica del diritto e giudiziaria.

Se si partisse dall'assunto che sia impossibile regolamentare i precedenti, le stesse riforme e disposizioni che si propongono di farlo sarebbero prive di senso. La meta-legislazione in materia avrebbe solo al più valore simbolico-illusorio (sarebbe un caso eclatante di ideologia come falsa coscienza). Essa sarebbe destinata a un inevitabile fallimento (avendo un obiettivo impossibile) con l'esternalità negativa aggiuntiva: di coltivare fittiziamente la illusione di un compito impossibile. Un simile approdo iper-scettico è un caso di consequenzialismo folle.

Se invece si assume che i precedenti giurisprudenziali siano un fenomeno normativo che, in quanto tale, si regge su regole e può essere governato dall'interno, dal diritto stesso (attraverso meta-regole, di provenienza legislativa o anche di matrice giurisprudenziale), allora si tratta di valutare, sul campo, i meriti/demeriti, benefici/malefici di ogni tentativo di regolamentazione (sia essa in via di auto-poiesi o etero-noma: vale a dire interna alla stessa giurisprudenza o posta da altro potere).

Come si vedrà, la giurisprudenza mostra di credere nella possibilità di autogoverno dei precedenti giurisprudenziali e svolge un ruolo fondamentale in tal senso. A questo proposito, il numero considerevole di principi giuridici che vengono pronunciati nell'interesse della legge nelle sentenze è di per sé significativo.

4. *Sul contributo dei precedenti alla formazione del diritto vigente e altre questioni correlate*

Di seguito, si passeranno in rassegna alcuni casi che hanno un valore paradigmatico per capire come i giudici – e non solo quelli delle *SUCC* – vedono la loro attività.

Le ragioni per cui l'analisi è paradigmatica sono numerose. In estrema sintesi, nell'ordinamento italiano l'attività delle *SUCC* ha valore *de lege lata*, come mostra il contesto normativo sopra ricordato e, in particolare, l'attribuzione nomofilattica della Suprema Corte. Peraltro, anche spingendosi oltre le attribuzioni formali, la prassi giudiziaria guarda costantemente all'attività delle *SUCC*. Inoltre, anche esaminando l'attività delle Corti e dei Tribunali di merito si rinvengono utilizzi molto simili a quelli delle *SUCC*.

Dal complesso delle pronunce emergono idee e, anzi, ideologie latenti che sono specifiche della funzione dello *ius dicere* e che quindi potenzialmente caratterizzano la giurisprudenza anche in altri contesti ed esperienze. I principi sanciti dalle *SUCC* possono essere riassunti come segue.

- (i) Il precetto costituzionale secondo cui i giudici sono soggetti solo alla legge (art. 101 Cost.) impedisce di attribuire all'interpretazione della giurisprudenza il valore di fonte del diritto²³.
- (ii) Il precedente giurisprudenziale, anche se autorevole e anche se proveniente dalla Corte di Cassazione e persino dalle Sezioni Unite, non è una delle fonti del diritto e, come tale, non è direttamente vincolante in via generale per i giudici²⁴, ma si pone come “regola forte” rispetto alle decisioni future²⁵.
- (iii) L'interpretazione non ha natura di mera dichiarazione, secondo l'utopia illuminista del giudice *bouche de la loi*, per cui la funzione di aggiornamento, adattamento e adeguamento delle norme

²³ *Ex plurimis*, Cass. civ., Sez. Unite, Sent., (data ud. 21/06/2011) 11/07/2011, n. 15144 (tutte le decisioni che saranno citate sono consultabili nella banca dati Wolters Kluwer One Legale).

²⁴ Ad eccezione del giudice di rinvio, in quanto espressamente previsto dalla legge. Cfr. Cass. civ., Sez. Unite, Sent., (data ud. 15/01/2019) 03/05/2019, n. 11747. La sentenza in questione è particolarmente significativa in quanto affronta la seguente di «massima di particolare importanza, concernente la individuazione del discrimine tra grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile ed attività interpretativa insindacabile, sulla base della L. n. 117 del 1988, art. 2, comma 3, lett. a) (nel testo previgente alla modifica della L. n. 18 del 2015), con specifico riferimento alla ipotesi della violazione di norma di diritto in relazione al significato ad essa attribuito da orientamenti giurisprudenziali da ritenere consolidati»; più precisamente la questione è: «Se, in presenza di norme di diritto che non presentano equivoci od incertezze alcuni, in considerazione dei principi di diritto costantemente ribaditi da oltre sessanta anni dalla Corte di legittimità e della consolidata ed univoca interpretazione delle norme indicate in materia di liquidazione del debito risarcitorio derivante da illecito aquiliano, il diverso trattamento riservato dalla sentenza di legittimità ad un debito risarcitorio, di natura patrimoniale, derivante da illecito aquiliano (omessa attualizzazione ed applicazione degli interessi legali dalla data della domanda), possa ex se ritenersi attratto nell'ambito della “attività interpretativa delle norme” – intesa come ricerca ed attribuzione di significato prescrittivo all'enunciato ricavabile dai lemmi e dai sintagmi delle disposizioni lette singolarmente, in relazione al nesso logico interno alla struttura dell'atto fonte ed alla relazione sistematica con le altre norme dell'ordinamento giuridico – e dunque essere considerata “in senso oggettivo” come attività comunque valutativa la quale – se pure errata od implausibile – ricade nell'ambito della clausola di salvaguardia di cui alla L. n. 117 del 1988, art. 2, comma 2, o invece se il raggiunto livello di consolidamento del significato delle norme applicate in tema di liquidazione del danno patrimoniale derivante da illecito aquiliano (nella materia del danno patrimoniale da occupazione espropriativa: cfr. Corte cass. Sez. U, Sentenza n. 1464 del 26/02/1983; id. Sez. U, Sentenza n. 12546 del 25/11/1992; id. Sez. U, Sentenza n. 494 del 20/01/1998; id. Sez. 1, Sentenza n. 4070 del 20/03/2003; id. Sez. 1, Sentenza n. 19511 del 06/10/2005; id. Sez. 1, Sentenza n. 22923 del 09/10/2013; id. Sez. 2, Sentenza n. 11041 del 28/05/2015; id. Sez. 1, Sentenza n. 18243 del 17/09/2015. Quanto alla liquidazione del lucro cessante con la tecnica degli interessi: Corte cass. Sez.1, Sentenza n. 1814 del 18/02/2000; id. Sez. 1, Sentenza n. 9410 del 21/04/2006; id. Sez. 1, Sentenza n. 9472 del 21/04/2006; id. Sez. 1, Sentenza n. 13585 del 12/06/2006; id. Sez. 1, Sentenza n. 15604 del 09/07/2014; id. Sez. 1, Sentenza n. 18243 del 17/09/2015. Unica contraria l'isolata pronuncia Corte cass. Sez. 1, Sentenza n. 4766 del 03/04/2002 volta ad assimilare nella categoria delle obbligazioni di valuta la indennità di esproprio ed il risarcimento del danno in base al criterio di liquidazione, dalla L. 8 agosto 1992, n. 359, art. 5 bis, comma 7 bis), implichi la necessità, affinché possa operare la clausola di salvaguardia, che il totale distacco del Giudice dalle opzioni interpretative di un indirizzo giurisprudenziale che può definirsi univoco e “cristallizzato”, debba essere connotato, quanto meno, da un evidenziato dubbio applicativo alla fattispecie concreta della norma intesa nel significato ad essa attribuito, ovvero da una rimeditata – non rileva se fondata o meno – soluzione interpretativa, tale per cui la statuizione adottata risulti il portato di una attività valutativa e non di una mera “distrazione” od ignoranza dei principi giurisprudenziali consolidati».

²⁵ «Del resto, è carattere consustanziale all'esercizio della giurisdizione questa osmosi tra interpretazione della legge e il fatto – la vicenda della vita o, come nel caso in esame, la vicenda del processo – portato dinanzi al giudice, la quale alimenta e dà consistenza alla regola del caso concreto, ossia quella regola che, ove provenga dal giudice della nomofilachia, si pone, nell'ottica valoriale della certezza del diritto e della sicurezza giuridica, a presidio di un trattamento uniforme dei cittadini dinanzi al giudice (quale precipitato immediato del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.) ed è tale da potersi accreditare come “precedente”, ossia come regola “forte” di decisione di casi a venire, elevandosi, dunque, “a criterio e misura della prevedibilità e calcolabilità riguardo alla decisione di controversie future” (Cass., S.U., 28 gennaio 2021, n. 2061)». (Così, Cass. civ., Sez. Unite, Sent., (data ud. 24/05/2022) 11/07/2022, n. 21884).

è legittima e costituzionalmente conforme, e può avere profili innovativi, “propulsivi” e in qualche misura “creativi”, senza che ciò costituisca qualcosa di eversivo rispetto alla legislazione²⁶.

(iv) L'intrinseca “creatività” dell'interpretazione giurisprudenziale deve riflettere senso di “misura” e, soprattutto, di “responsabilità” dell'interprete, poiché, al di là delle soggettive convinzioni tecnico-giuridiche dei singoli giudici, i parametri della “giustizia” del processo, intesa come valore tendenzialmente condiviso, devono essere sempre considerati²⁷.

(v) Non esistono interpretazioni oggettivamente “corrette”, se non per quanto riguarda il metodo utilizzato per pervenirvi, indipendentemente dai riferimenti assiologici dell'interprete²⁸.

(vi) La funzione nomofilattica risponde all'esigenza strutturale di stabilire “punti fermi” o “gerarchie” tra le possibili opzioni ermeneutiche²⁹.

(vii) L'art. 65 R.D. Ordinamento giudiziario fornisce un criterio formale ed estrinseco per valutare la “correttezza” di un'interpretazione: l'interpretazione fornita dall'organo preposto al controllo di legittimità delle sentenze di altri giudici (cioè la Corte di Cassazione) deve convenzionalmente essere considerata – se non quella “esatta” – almeno la più “esatta” (possibile) o, se si vuole, la più “corretta” e/o la più “giusta”: l'interpretazione da cui non si può prescindere³⁰.

(viii) L'interpretazione fornita dalla Corte di Cassazione (e in particolare dalle Sezioni Unite) va «tendenzialmente intesa come una sorta di oggettivazione convenzionale di significato»³¹.

(ix) La salvaguardia dell'unità e della stabilità dell'interpretazione giudiziale (in particolare quella della Corte di Cassazione e delle Sezioni Unite) è un *criterio legale* d'interpretazione delle norme giuridiche “di assoluto rilievo”³².

(x) Devono esservi “buone ragioni” per discostarsi da un'interpretazione precedente (soprattutto della Corte di Cassazione e delle Sezioni Unite), e “ottime ragioni” se si tratta dell'interpretazione di norme processuali (enfasi mie, *n.d.r.*)³³.

²⁶ Cfr. ad es. Cass. civ., Sez. Unite, Ord., (data ud. 15/07/2014) 06/11/2014, n. 23675; Cass. civ., Sez. Unite, Sent., (data ud. 01/03/2011) 18/05/2011, n. 10864 e Cass. civ., Sez. Unite, Sent., (data ud. 01/12/2020) 28/01/2021, n. 2061 e i numerosi precedenti ivi citati. Quest'ultima sentenza promuove una concezione dell'attività interpretativa dei giudici in chiave “dichiarativa” (nel senso di «esclusione formale di un'efficacia direttamente creativa»), ma lo “jus dicere” viene concepito «a vocazione [...] “evolutiva”» finalizzato all'inveramento della norma nella concretezza dell'ordinamento ad opera della giurisprudenza stessa» dovendo sempre l'interprete «tendere lo sguardo attento a cogliere l'emersione di nuove ed effettive esigenze meritevoli di tutela». In relazione alla cosiddetta dottrina del diritto vivente (talora anche indicata nelle pronunce giurisprudenziali: “interpretazione vivente”), si vedano poi le pronunce della Corte costituzionale a partire almeno dal 1974 (la “formula” risale infatti quanto meno alla sentenza n. 286 del 1974): *ex plurimis*, dagli anni Novanta a oggi, v. n. 350/1997, n. 23/2016, n. 122/2017, n. 178/2022, la quale da ultimo ricorda che «in base al costante orientamento» della Corte Costituzionale stessa, «in presenza di un indirizzo giurisprudenziale consolidato, “il giudice a quo, se pure è libero di non uniformarsi e di proporre una sua diversa esegesi, ha, alternativamente, la facoltà di assumere l'interpretazione censurata in termini di ‘diritto vivente’ e di richiederne su tale presupposto il controllo di compatibilità con i parametri costituzionali (*ex plurimis*, sentenze n. 39 del 2018, n. 259 del 2017 e n. 200 del 2016; ordinanza n. 201 del 2015)»». In proposito, richiama le precedenti sentenze n. 95 del 2020 e n. 180 e n. 33 del 2021.

²⁷ SUCC n. 23675/2014.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ SUCC, n. 23675/2014; SUCC, n. 11747/2019. Secondo la Corte Costituzionale, la dottrina del diritto vivente «risponde ad una esigenza di rispetto del ruolo spettante ai giudici comuni – e segnatamente all'organo giudiziario depositario della funzione di nomofilachia – nell'attività interpretativa: in presenza di un indirizzo giurisprudenziale costante o, comunque, ampiamente condiviso – specie se consacrato in una decisione delle Sezioni unite della Corte di Cassazione – la Corte costituzionale assume la disposizione censurata nel significato in cui essa attualmente “vive” nell'applicazione giudiziale. [...] pure in presenza di un orientamento giurisprudenziale che abbia acquisito i caratteri del “diritto vivente”, il giudice rimettente ha soltanto la facoltà, e non già l'obbligo di uniformarsi ad esso (sentenza n. 91 del 2004)» (sentenza n. 230/2012). Come noto, questa facoltà non è “libera”, bensì qualificata da un onere di giustificare la opzione alternativa promossa dal giudice che intende discostarsi dal diritto vivente o argomenti a sostegno della incostituzionalità del diritto vivente medesimo.

³⁰ SUCC, n. 23675/2014; SUCC, n. 11747/2019.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

- (xi) Soprattutto quando si tratta d'interpretazione di norme procedurali, la (previa) conoscenza delle norme e quindi, a monte, la possibilità di fare affidamento su prevedibilità e uniformità dell'interpretazione è «imprescindibile presupposto di uguaglianza tra i cittadini e di “giustizia” del processo»³⁴.
- (xii) L'*overruling* in materia processuale non deve sempre essere evitato o sempre operare per il futuro (c.d. *prospective overruling*), ma impone al giudice di valutare «con estrema attenzione la sussistenza o meno di buone ragioni per il mutamento di un indirizzo giurisprudenziale e, prima ancora, di individuare quali siano le condizioni legittimanti l'evoluzione interpretativa. In proposito non esistono formule matematiche»: è «un problema di equilibrio e misura: di responsabilità»³⁵.
- (xiii) «Un *overruling* delle [SUCC] in materia processuale può pertanto essere giustificato solo quando l'interpretazione fornita dal precedente in materia risulti manifestamente arbitraria e pretestuosa e/o comunque dia luogo (eventualmente anche a seguito di mutamenti intervenuti nella legislazione o nella società) a risultati disfunzionali, irrazionali o “ingiusti”»³⁶.
- (xiv) Il giudice è responsabile di un'inescusabile violazione di legge quando la sua decisione esula da una consapevole scelta interpretativa, dando luogo a un'evidente, grossolana e macroscopica violazione della norma applicata, a un'interpretazione della stessa che si discosta da qualsiasi criterio logico, all'adozione di opzioni aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore, alla manipolazione assolutamente arbitraria del testo normativo o, infine, all'invasione dell'interpretazione nell'invenzione o nel libero diritto: questa situazione si verifica quando la scelta interpretativa è “non spiegabile”, vengono ignorate soluzioni giuridiche chiare, certe e indiscutibili, o violati principi elementari del diritto che il giudice non può giustificatamente ignorare³⁷.
- (xv) Vi è grave violazione di legge per negligenza inescusabile quando l'errore consiste nell'attribuzione di un significato «impossibile, un non-significato», ovvero un significato «che va oltre ogni possibile significato testuale traibile dalla disposizione. In questo caso si ha una scelta solo formalmente interpretativa, ma talmente svincolata dai parametri normativi da non essere ad essi riconducibile, ovvero da non essere frutto di un processo interpretativo consapevole [...] ma addirittura una scelta aberrante»³⁸.
- (xvi) La forza persuasiva dei precedenti è accresciuta dalla non vincolatività e «si fonda sulla autorevolezza del giudice [...] e sulla solidità della linea argomentativa contenuta nella motivazione»³⁹.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.* In materia di *overruling*, la posizione delle SUCC è consolidata (cfr. ad es. Cass. civ., Sez. Unite, Ord., (data ud. 07/12/2021) 03/02/2022, n. 3368 che ricorda le precedenti sentenze 12 febbraio 2019, n. 4135 e 11 luglio 2011, n. 15144: «di prospective overruling si può parlare se ricorrono le condizioni ivi indicate, e cioè 1) che si tratti di un mutamento della giurisprudenza su norme regolatrici del processo; 2) che sia un mutamento imprevedibile o inatteso, non configurabile perciò in presenza di persistenti contrasti interpretativi; 3) che il mutamento sia causa di un effetto preclusivo nei confronti della parte (sopravvenuta inammissibilità, improcedibilità, ovvero maturarsi di decadenze o preclusioni), in conseguenza della diversità delle forme e dei termini da osservare sulla base dell'orientamento sopravvenuto alla proposizione del ricorso. [...] alla logica della prospective overruling “è estranea l'ipotesi in cui il nuovo indirizzo giurisprudenziale sia ampliativo di facoltà e poteri processuali e sia la parte ad invocarlo perché più favorevole nei suoi confronti”». Come ricorda anche Cass. civ., Sez. Unite, Sent., (data ud. 07/05/2019) 30/10/2019, n. 27842, il prospective overruling è una regola di giudizio “legittima” finalizzata a «evitare che un atto processuale compiuto da una parte, sebbene conforme al precedente orientamento, sia ritenuto irrituale in base alla nuova regola, con l'effetto di produrre effetti preclusivi incidenti negativamente sul diritto di azione».

³⁶ SUCC, n. 11747/2019.

³⁷ Si vedano, ad esempio, Cass. civ., Sez. III, Sent., (data ud. 22/12/2015) 07/04/2016, n. 6791; Cass. civ., Sez. III, Sent., (data ud. 06/11/2012) 05/02/2013, n. 2637; Cass. civ., Sez. III, Sent., (data ud. 18/01/2012) 14/02/2012, n. 2107; Cass. civ., Sez. III, Sent., (data ud. 08/03/2011) 26/05/2011, n. 11593.

³⁸ SUCC, 03-05-2019, n. 11747.

³⁹ Cfr. SUCC, n. 11747/2019 nonché SUCC n. 2061/2021 e SUCC n. 21884/2022.

Ciascuna delle affermazioni richiamate meriterebbe approfondimenti, sollevando assai complesse questioni alle quali non è possibile dedicare qui l'attenzione che meriterebbero. È appena il caso di rilevare come la concezione testé illustrata possa rappresentare, per taluni, un *nobile sogno* o apparire, per converso, un *incubo*. Non è né l'uno, né l'altro: è un *fatto reale*. E, come dimostra l'analisi metagiuridica, non è un fatto solo a livello di declamazione. Riflette ciò che i giudici dicono di fare, e ciò che fanno⁴⁰.

In sintesi, senza pretese di esaurire le osservazioni che si potrebbero compiere a margine di quanto sopra esposto, si possono evidenziare quanto meno i seguenti aspetti generali.

- a) Sul piano delle fonti del diritto, la giurisprudenza è ancorata alla concezione formale (se vogliamo, tradizionale o spesso attribuita al “positivismo giuridico”): ma, si noti, per ragioni o motivi *assiologici*, cioè in ossequio all'ideale dello Stato di diritto e quindi al modello ideale della separazione dei poteri.
- b) Nell'ampio spettro delle teorie dell'interpretazione sviluppate dai teorici del diritto (dal formalismo estremo allo scetticismo estremo, passando per tutte le varie teorie miste sviluppate nel corso dei decenni), i giudici sembrano schierarsi dalla parte di un moderato scetticismo convenzionalista. Si tratta di una sorta di convenzionalismo duale, in cui le convenzioni rilevanti sono sia quelle linguistiche, legate al cosiddetto “significato testuale”⁴¹, sia quelle legate ai significati autorevolmente attribuiti dai vertici del sistema giudiziario (e, in proposito, è sempre viva e vivace la “lotta”, caso per caso, su chi ha l'ultima voce in capitolo ovvero ha l'autorevolezza di stabilire la interpretazione *più corretta*)⁴².
- c) Le teorie delle fonti e dell'interpretazione abbracciate dalle SUCC in parola trovano una possibile spiegazione sul piano teorico, grazie a un affinamento della intuizione della regola di riconoscimento hartiana articolata su due livelli (BURAZIN e RATTI 2021, 137): una regola che ha a che fare con l'identificazione delle fonti normative, che non presuppone l'uso di canoni interpretativi, e l'altra che ha a che fare con la identificazione delle norme, che presuppone l'uso dei canoni interpretativi da parte degli organi dotati di autorità normativa. La distinzione aiuta a spiegare il duplice fatto che spesso vi è generale consonanza tra giuristi e giudici sulle fonti “legittime” e, allo stesso tempo, ampio disaccordo a livello interpretativo-applicativo, cioè sui contenuti del diritto, ossia su cosa sia ricavabile dalle “fonti”. Ciò sembra coincidere con quanto emerge dall'analisi metagiuridica.
- d) A livello di interpretazione giuridica e, in particolare, di interpretazione giudiziaria, i significati dei discorsi giuridici dipendono dall'interazione linguistica realizzata dai partecipanti alla pratica giuridica⁴³. Gli stessi criteri di correttezza d'uso (che, come si è visto, sono convenzionali) dipendono dall'interazione pratico-linguistica tra i partecipanti, giocando un ruolo fondamentale il contesto specifico a livello di micro-pragmatica. La semantica è determinata in maniera essenziale dalla pragmatica, per quanto l'elemento pragmatico sia poco considerato espressamente dai non teorici.

⁴⁰ Sottolinea opportunamente la esigenza di una presa d'atto disincantata di questo “fatto”, esigenza tanto più da rimarcare stanti le usuali sovra-strutture teorico-dottrinali che, con gli occhiali colorati dei propri *desiderata*, fanno leggere – e derubricare a prassi in accezione negativa – la realtà: COMOGLIO 2018, 944.

⁴¹ Nozione che di regola non è precisata: cfr. ad. es. Cass. civ., Sez. Unite, Sent., (data ud. 10/05/2022) 17/05/2022, n. 15889 che cita i precedenti SUCC n. 2061/2021 e n. 24413/2021 secondo cui «l'attività interpretativa, quindi, non può superare i limiti di tolleranza ed elasticità dell'enunciato, ossia del significante testuale della disposizione che ha posto, previamente, il legislatore e dai cui plurimi significati possibili (e non oltre) muove necessariamente la dinamica dell'inveramento della norma nella concretezza dell'ordinamento ad opera della giurisprudenza».

⁴² Cfr. ad. es. Cass. civ., Sez. Unite, Sent., (data ud. 09/04/2013) 16/12/2013, n. 27986.

⁴³ Considerando le caratteristiche dell'ambiente processuale e quanto emerge dalla prassi giudiziaria, risultano particolarmente utili le analisi sulla rilevanza della interazione tra contesto e partecipanti alla pratica nella prospettiva inferenzialista di CANALE, TUZET 2007. Sulla rilevanza della pragmatica rispetto alla interpretazione giudiziale si v. VILLA 2012, spec. 187 ss.

- e) Dalla prassi e dall'analisi metagiuridica emerge che esiste un presupposto condiviso di *correttezza* come ideale da perseguire ed è del tutto contingente e locale che esista una “correttezza” condivisa nei risultati. Si tratta di una *pretesa di correttezza* che è essenziale a livello pragmatico (ZORZETTO 2019), la cui attuazione è inevitabilmente precaria e instabile, poiché l'interpretazione giudiziaria è continua e ciascun caso comunque mai identico (ma al più simile) a ogni altro. L'interpretazione giudiziaria poggia quindi su un ideale di correttezza: ma non c'è accordo sul contenuto di questo ideale, né sulle regole e sui criteri per realizzarlo in modo tale da raggiungere un accordo giudiziario in tutti i casi.
- f) Dal punto di vista interno del giudice, la discrezionalità interpretativa è considerata consustanziale all'attività interpretativa, cioè ineliminabile, ed è ammesso un livello di discrezionalità piuttosto elevato, i cui limiti sono indeterminati con la “creatività”.
- g) Un limite ideale alla discrezionalità/creatività dovrebbe essere il significante inteso come tenore letterale delle parole utilizzate nei testi giuridici, la cui plurivocità, tuttavia, è unanimemente riconosciuta. Come noto, per “significato letterale” si possono intendere e, nella prassi, s'intendono cose diverse (VELLUZZI 2000) e anche i giudici sono solitamente ben consapevoli di questa varietà.
- h) Esistono solo formule generali e assiologicamente connotate per discriminare tra significati possibili/impossibili da ricondurre al significante e quindi per tracciare la linea di demarcazione tra ciò che è interpretazione (discrezionale, se necessario anche creativa, ma in ogni caso ammessa) e ciò che non lo è.
- i) Le teorie, gli strumenti concettuali, ecc. sviluppati in ambito semiotico (e, in special modo, dagli studi di pragmatica giuridica) per comprendere meglio il rapporto tra significante/significato e i legami tra sintassi e semantica/pragmatica, nonché, ad esempio, la vaghezza linguistica e le altre proprietà del linguaggio ordinario e giuridico, non sembrano far parte degli usuali “arnesi del mestiere” dei giudici.
- j) In assenza di coordinate sul funzionamento del linguaggio ordinario e giuridico, la giustificazione espressa – *il motivare, dare ragioni* – delle scelte interpretative è il baluardo “residuale” per districarsi tra ciò che è e ciò che non è consentito.
- k) In questo contesto, il fattore umano ha l'ultima parola: l'ultima vera salvaguardia contro l'arbitrio è il senso di misura e di responsabilità dell'interprete.

5. Una variegata famiglia di argomenti

La concezione e ideologia ora delineata non è certamente l'unica esistente, ma è almeno una delle cornici entro cui i giudici fanno uso costante e massiccio dei precedenti giurisprudenziali. Quella che segue è una rassegna meramente illustrativa degli argomenti utilizzati: d'altra parte, mai potrebbe essere esaustiva vista la quantità di decisioni che sono emesse costantemente⁴⁴.

La presentazione non segue un ordine di importanza o frequenza degli usi. La denominazione di ogni argomento serve a fini espositivi ed è convenzionale.

In effetti, i giudici utilizzano e/o citano i precedenti in vari modi, senza esplicitare o nominare gli argomenti giuridici sottesi o darvi un *nomen iuris*⁴⁵. Esistono due eccezioni in proposito: (i)

⁴⁴ Si precisa che l'analisi è condotta sui testi delle decisioni nella loro interezza, senza fare riferimento ad alcuna *massima* per i noti problemi che affliggono la “*massimazione*”. Inoltre, tutti i provvedimenti citati lo sono solo in via del tutto esemplificativa essendo innumerevoli i casi citabili in relazione a ciascuno degli usi censiti. A titolo di confronto è interessante la varietà di tecniche praticate dai giudici illustrata da MARSHALL 1996.

⁴⁵ Peraltro, avviene sovente che il *nomen iuris* attribuito alla tecnica argomentativa o interpretativa usata non rifletta la sostanza: prova ne sia che si parla di “*analogia diacronica*” per intendere la “*interpretazione evolutiva*” (cfr. ad es. Cass. civ., Sez. Unite, Sent. n. 2061/2021; in proposito si v. l'analisi critica di PINO 2021). Ciò vale a maggior ragione nel campo indeterminato degli argomenti relativi ai precedenti.

la cosiddetta interpretazione adeguatrice, detta anche costituzionalmente conforme, *secundum Constitutionem* o costituzionalmente orientata e simili (la terminologia è varia)⁴⁶; e (ii) la cosiddetta dottrina del diritto vivente (a volte anche altrimenti denominata)⁴⁷. In questa sede non ci si occuperà di queste tecniche argomentative le quali presentano, a loro volta, più varianti e meritano in quanto tali uno studio puntuale.

Nel passare in rassegna gli argomenti censiti nella prassi, beninteso, non s'intende legittimare l'uso. La questione della legittimità di tali argomenti e a quali condizioni, se del caso, essi siano legittimi esula dagli scopi dell'analisi. Vale però per ciascuno di questi argomenti la massima generale applicabile a qualsiasi altro argomento giuridico: ogni argomento giuridico può essere usato bene o male (abusato) e ciò dipende da chi lo usa.

(i) *Argomento del precedente come ratio decidendi*: una specifica *ratio decidendi* viene espressamente richiamata per essere applicata come argomento decisivo e vincolante nella decisione di un caso successivo. Questo sarebbe il “vero” precedente, in cui la stessa *ratio decidendi* è applicata in un caso successivo, che si suppone essere identico o, piuttosto, simile per ciò che è rilevante (e dissimile per ciò che è irrilevante) a quello già deciso. Sia la esistenza di una somiglianza rilevante che la irrilevanza delle differenze non sono sempre argomentate in modo esplicito. Una variante debole di questo argomento è quella secondo cui il riferimento alla precedente *ratio deci-*

⁴⁶ A scanso di equivoci, l'interpretazione costituzionalmente orientata non è necessariamente un'interpretazione che si basa sui precedenti della Corte Costituzionale, anche se questo è di fatto il caso più comune. Si ha nella prassi interpretazione costituzionalmente orientata *verso e dai* precedenti della Corte Costituzionale. Il riferimento ai precedenti giurisprudenziali anche delle SUCC, ma non solo, assume la forma di linee guida interpretative e argomentative sul rispetto della Costituzione. A titolo di esempio, si possono citare i seguenti:

(i) tra i vari significati possibili, va preferito quello conforme alla Costituzione (Cass. civ., Sez. Unite, Sent., (data ud. 09/04/2013) 16/12/2013, n. 27986);

(ii) tra i vari significati possibili, va privilegiata l'interpretazione più conforme alla Costituzione o più orientata verso di essa (Cass. civ., Sez. V, Ord., (data ud. 12/03/2021) 07/07/2021, n. 19368);

(iii) si presume costituzionalmente illegittima la norma/disposizione di cui non sia possibile rinvenire un significato/interpretazione costituzionalmente conforme (quindi non deve essere applicata e deve essere sollevata questione di costituzionalità; *ex plurimis*, C. Cost. n. 356/1996 e n. 49/2011).

Un discorso a parte che qui non è possibile nemmeno accennare è dato dalle linee guida interpretative-applicative che ruotano attorno alle c.d. sentenze interpretative di rigetto della Corte Costituzionale. Questo “tipo di sentenza” viene comunemente così descritto dalla giurisprudenza (cfr. ad es. Cons. Stato, Sez. VI, 04/01/2021, n. 17): quelle in cui la Corte Costituzionale reinterpreta la norma impugnata, plasmandone il contenuto in termini compatibili con la Carta costituzionale ed evitando, così, una lacuna nell'ordinamento, danno origine a un vincolo per tutti i giudici consistente nel divieto di applicare la norma ritenuta non conforme al parametro costituzionale evocato e scrutinato dalla Corte. Questo tipo di pronuncia non preclude la possibilità di seguire terze interpretazioni ritenute compatibili con la Costituzione, oppure di sollevare nuovamente la questione di legittimità costituzionale della medesima disposizione, eventualmente evocando anche parametri costituzionali diversi da quello precedentemente indicato e scrutinato.

⁴⁷ Se il diritto vivente è quello che risulta dall'interpretazione dei giudici, a rigore esso non sarebbe confinato alle sole corti superiori. In pratica, però, la nozione si usa per le pronunce provenienti dai vertici del sistema giudiziario. Nel caso italiano, in via principale: la Corte Costituzionale, la Corte di Cassazione (e le sue Sezioni Unite), il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti, ciascuna secondo le proprie competenze. Da qui i possibili conflitti tra i diritti che “vivono” secondo le diverse Corti. Nella prassi si rinvergono alcune linee guida in materia:

(i) l'applicazione retroattiva delle norme può essere giustificata nella misura in cui si tratta di norme che riconoscono principi che costituiscono diritto vivente (cfr. Cass. civ., Sez. II, Sent., (data ud. 18/11/2020) 12/03/2021, n. 7051);

(ii) il diritto vivente non è necessariamente conforme alla Costituzione, per cui il giudice può discostarsene chiedendo un controllo di compatibilità con i parametri costituzionali (cfr. C. Cost., n. 180/2021 e n. 33/2021);

(iii) se l'azione è pretestuosa perché contraria al diritto vivente e/o alla giurisprudenza consolidata, può costituire un abuso dello strumento processuale (Tribunale Roma Sez. IV Sent., 04/01/2021); per altro verso, la mancanza di precedenti sulla questione controversa costituisce un elemento contro l'accertamento della responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c. (Cass. civ. Sez. Un., Ord. n. 25041 del 16/09/2021, Rv. 662248 - 02).

dendi non è decisivo, ma solo un argomento di supporto o concorrente che rafforza la decisione secondo quella *ratio decidendi*, decisione che, tuttavia, si basa anche su altri argomenti⁴⁸.

(ii) *Argomento del precedente come principio di diritto*: una soluzione interpretativa può essere giustificata facendo riferimento a un precedente come principio generale e astratto di diritto, senza dover sviluppare argomenti giuridici propri⁴⁹. A differenza dell'argomento del *precedente come ratio decidendi*, nel caso dell'argomento del *precedente come principio di diritto* non è rilevante che il principio di diritto sia la *ratio decidendi* del caso precedente: il principio di diritto è invocato per la decisione successiva come una regola generale e astratta che vive di vita propria, cioè esiste indipendentemente dal caso in cui è stato deciso per la prima volta o dalla serie di casi in cui è stato ripetutamente applicato. Pur non essendovi alcuna connessione necessaria, può accadere che si ricorra a questo argomento soprattutto quando si stabilisce una certa convergenza all'interno della giurisprudenza per cui il precedente-*ratio decidendi* si emancipa dalle circostanze del caso e è percepito come una regola di decisione a sé stante. Come noto, può accadere che il precedente-principio-di-diritto fosse *ab origine* un *obiter dictum* della decisione in cui fu per primo statuito.

(iii) *Argomento del precedente come autorità*⁵⁰: in questo caso, il riferimento al precedente è, per così dire, più procedurale che sostanziale: conta più chi ha deciso, che non cosa è stato deciso. Questo uso è spesso criticato da coloro che ritengono che la corretta risoluzione dei casi debba dipendere da ciò che viene deciso, non da chi lo decide. A ben vedere, questo argomento non sembra essere particolarmente felice, soprattutto nei sistemi odierni dove i decisori sono molti e le "gerarchie" tra Corti, soprattutto a livello apicale, sono tutt'altro che chiare. In contesti in cui il potere dei diversi organi giudiziari è soggetto a conflitti di potere (*de jure* o *de facto*), un argomento di questo tipo rischia di non essere convincente e addirittura di alimentare disaccordi. Tra l'altro, giustificare una decisione successiva sulla base di un precedente *ex auctoritate* indebolisce la posizione del decisore successivo (che nell'adeguarsi finisce per riconoscere di essere soggetto all'autorità del decisore precedente). Ecco perché questo argomento acquista una certa forza e sembra attraente soprattutto nel caso dell'auto-precedente. In questo caso, infatti, invocare il precedente *ex auctoritate* è anche un modo per (ri)affermare la propria autorità. Il difetto, ovviamente, è che si corre il rischio di un circolo vizioso, poiché l'autorità si appella a sé stessa.

(iv) *Argomento del precedente a simili ad simile*: l'applicazione di un precedente si basa espressamente su un'analogia o, piuttosto, su una somiglianza. Accade che sia esplicitamente spiegato o invocato senza spiegazioni, limitandosi alla formula "per analogia"⁵¹. È evidente che il solo fatto di giustifica-

⁴⁸ Cfr. ad es. Cass. civ., Sez. II, Ord., (data ud. 09/07/2020) 18/08/2021, n. 23108.

⁴⁹ Si veda, ad esempio, Cass. civ., Sez. VI - 5, Ord., (data ud. 09/05/2018) 03/07/2018, n. 17403.

⁵⁰ Sul tema, per una ricostruzione dal punto di vista interno del contesto esaminato, si veda VALITUTTI 2019. Esula dall'analisi indagare i possibili fondamenti teorici e le giustificazioni etico-politiche dell'istituto del precedente. Nella storia e nella teoria è discusso il nesso tra precedenti e *argumentum ab auctoritate* (ad es. IBBETSON 2016). In linea di principio, si può comunque osservare che il fatto che i giudici siano dotati di autorità normativa di per sé non implica una riduzione degli argomenti basato sui precedenti a versioni dell'argomento *ex o ab auctoritate*.

⁵¹ Si veda, ad esempio, Cass. civ., Sez. V, Ord., (data ud. 28/04/2021) 22/07/2021, n. 21013. Sono condivisibili le riflessioni di NÚÑEZ VAQUERO 2020b, secondo cui i precedenti e l'analogia come forma di interpretazione o ragionamento possono essere combinati in modo contingente. Se la pratica mostra che i precedenti non sono sempre o necessariamente applicati per analogia, non esiste incompatibilità ontologica tra precedente e analogia: non c'è alcun ostacolo empirico, logico o di altro tipo all'applicazione analogica di un precedente. In altre parole, in alcune circostanze esiste una regola del precedente che consiste nell'estensione - per analogia - dell'applicazione di una determinata norma a casi simili. Ma si può affermare solo contingentemente, e non in linea di principio o in termini generali, che la concezione tradizionale della regola del precedente sia la estensione per analogia di una regola particolare a casi simili (SIERRA SOROCKINAS 2020, 77). In ogni caso, come osserva TUZET 2022, si tratta di strumenti concettuali e pratici differenti se si ha cura di distinguere tra analogia quale attività di discernimento di so-

re una decisione successiva sulla base di un precedente richiamato per analogia, senza specificare in cosa consista, è una forma parziale di argomentazione. Se è vero che, confrontando il caso deciso dal precedente e quello da decidere, si può cercare di cogliere quale sarebbe la somiglianza rilevante a base dell'analogia; d'altro canto, la selezione delle somiglianze e delle differenze è un'attività altamente discrezionale, per cui c'è il rischio che l'analogia non esista o sia mal costruita o non comprensibile⁵². In ogni caso, è necessario distinguere tra tre situazioni diverse: (a) l'argomento *a simili*, in cui sulla base di una rilevante somiglianza (e dell'irrilevanza delle differenze) si giustifica la imputazione a un caso non regolamentato (*de iure condito*) le conseguenze giuridiche di un caso simile già regolamentato (dalla legge o da una decisione giurisprudenziale); (b) l'argomento *del precedente per analogia*, in cui l'applicazione nel caso B di un precedente reso nel caso A si giustifica sulla base dell'analogia tra B e A, e (c) la circostanza che, per ogni caso successivo, la scelta tra l'infinito numero di precedenti esistenti viene effettuata anche sulla base della ricerca di analogie rilevanti. Occorre distinguere tra le tre situazioni perché i precedenti non sono né sempre né solo selezionati sulla base della identificazione di somiglianze rilevanti/differenze irrilevanti. È anche falso che l'argomento *a simili* e l'argomento *del precedente per analogia* siano sovrapponibili. Al contrario, come è noto, si discute molto se l'argomento *a simili* sia applicabile o meno quando esiste un precedente applicabile. Secondo alcuni, in questa ipotesi manca la premessa stessa dell'argomento per analogia, perché non c'è una lacuna normativa da colmare.

(v) *Argomento del precedente a fortiori*: il precedente è richiamato e applicato nel caso successivo sulla base dell'assunto che, nella situazione da decidersi, quanto statuito in precedenza si giustifica, appunto, *a fortiori*⁵³. Va detto che, raramente, nella prassi si spiega in cosa consista la *più forte ragione* che giustifica la decisione del caso successivo come il precedente. L'argomento *del precedente a fortiori* si avvicina a quello del *precedente ratio decidendi*, ogniqualvolta la ragione sia appunto la *ratio decidendi* del caso già deciso e nel caso successivo da decidersi vale non solo in quanto tale, ma tanto più.

(vi) *Argomento del precedente seriale*: si verifica quando si fa riferimento a una serie di decisioni, senza specificarne il contenuto e senza fornire dettagli sui singoli casi, essendo tutti trattati alla stregua di un caso seriale⁵⁴. Questo uso del precedente merita di essere isolato per la sua specificità. In primo luogo, la sua applicazione presuppone l'esistenza di casi seriali. In secondo luogo, incarna in modo esemplare l'ideale di "economia" che spesso giustifica, anche *de iure condendo*, il ricorso ai precedenti. Un principio di buon senso e una esigenza di risparmio rendono l'argomento "facile" e in generale meno criticato di altri: la ripetizione si considera inutile e antieconomica ogniqualvolta evitabile. Sebbene ogni caso sia unico, nelle situazioni seriali le idiosincrasie vengono perlopiù trascurate, "non viste" sulla scorta della percezione e convinzione che non valga la pena soffermarsi sui particolari. Nelle situazioni seriali, soppesando i pro e i

miglianze/differenze e analogia (*iuris/legis*) quale tecnica di integrazione di lacune giuridiche.

⁵² Sul ragionamento analogico e sul suo funzionamento e sulle modalità per ben costruire un'analogia (*iuris/legis*) si veda VELLUZZI 2009 e 2021.

⁵³ Cfr. ad es. Cass. civ., Sez. II, Sent., (data ud. 07/04/2022) 22/07/2022, n. 22972; Cass. civ., Sez. V, Ord., (data ud. 07/07/2022) 20/07/2022, n. 22815.

⁵⁴ Ad esempio, Cass. civ., Sez. V, Ord., (data ud. 28/04/2021) 29/07/2021, n. 21712: «Ai fini della definizione dei motivi di ricorso illustrati si rende necessario un esame del quadro normativo di riferimento come già delineato da questa Corte con decine di statuizioni, peraltro rese in giudizi dei quali erano parti anche taluni attuali ricorrenti, con le quali sono state sostanzialmente risolte le questioni innanzi prospettate anche alla luce del diritto sovranazionale e dei principi costituzionali e le cui motivazioni sono qui espressamente condivise e richiamate ex art. 118 disp. att. c.p.c. (il riferimento è, in particolare, a Cass. sez. 5, 30/03/2021, n. 8757, oltre che, ex plurimis, alle successive ordinanze nn. 8907, 8908, 8909, 8910, 8911, 9079, 9080, 9081, 9144, 9145, 9146, 9147, 9148, 9149, 9151, 9152, 9153, 9160, 9162, 9168, 9176, 9178, 9182, 9516, 9528, 9529, 9530, 9531, 9532, 9533, 9534, 9729, 9730, 9733 e 9735 del 2021)».

contro, il rischio di perdere la specificità delle singole decisioni e dei casi particolari è evidentemente stimato basso, a tutto vantaggio del risparmio di risorse, tempo, sforzo intellettuale, ecc.

(vii) *Argomento del precedente ispiratore*: si riscontra quando si fa riferimento a linee guida, principi che orientano/ispirano il complessivo ragionamento decisionale, per cui una soluzione ermeneutica già raggiunta sulla base di altre motivazioni viene presentata come più conforme, ad esempio, al sistema del giusto processo, sulla base del richiamo ai principi generali che lo governano⁵⁵. Questo uso argomentativo è prossimo all'argomentazione basata sui principi giuridici e il suo interesse risiede proprio in ciò. È utile isolare questo uso anche per far luce sugli intrecci tra argomentazioni che invocano precedenti e che invocano principi giuridici. L'interferenza è manifesta in tutti i casi in cui i principi giuridici invocati non sono espressi e hanno origine in decisioni giurisprudenziali adottate in precedenza. Particolarmente stretta è l'interferenza nel caso dell'argomento/tecnica interpretativa-argomentativa della c.d. interpretazione conforme a Costituzione, in cui rilevano i precedenti giurisprudenziali della Corte Costituzionale e/o delle SUCC che, a loro volta, forniscono una propria lettura della Costituzione. Si tratta spesso di principi inespressi, che si considerano impliciti ne (se non addirittura, in chiave metaforica, "immanenti a") il sistema. Considerato che in tutti i casi si è dinanzi a interpretazioni giurisprudenziali può essere assai labile la distinzione tra precedenti e principi inespressi⁵⁶. La differenza tra "precedente ispiratore" e "precedente come principio di diritto" è che quest'ultimo è un principio-precedente inerente al caso concreto (si riferisce cioè al *thema disputandum* ed è collegato alla fattispecie di cui si discute in causa), mentre il precedente ispiratore serve più che altro a fornire un contesto di fondo indipendente dal caso concreto in discussione. Non causalmente l'*argomento del precedente ispiratore* si riferisce più spesso alle regole del processo o della procedura piuttosto che al merito della controversia. Esso pare assolvere in via prevalente una funzione di generale o complessiva legittimazione della decisione come presa in conformità a diritto (i.e. le regole del (giusto) processo).

(viii) *Argomento del precedente consolidato*: facendo riferimento a una tendenza o a un orientamento giuridico consolidato (che a sua volta può essere inteso in modi diversi), si legittima una soluzione ermeneutica. La esistenza di possibili interpretazioni alternative o contrastanti non viene solitamente discussa in modo esplicito; si invoca – in via generica – la giurisprudenza consolidata, il diritto vivente etc., richiamando espressamente alcune pronunce a titolo esemplificativo⁵⁷. Il precedente non è necessariamente la *ratio decidendi*; può servire da supporto giustificativo e può essere collocato a vari livelli del ragionamento; se necessario, si usa solo come rinforzo del *precedente-ratio decidendi*. Il potere argomentativo e persuasivo è tanto più marcato quanto più i partecipanti alla pratica e i giudici adottano un atteggiamento conformista. Questo argomento viene usato per lo più in senso confermativo, a meno che non si voglia rompere la continuità, nel qual caso il riferimento al precedente consolidato è fatto proprio per farne bersaglio della critica al fine di sostenere una revisione.

(ix) *Argomento del precedente oscuro o fittizio*: ci si appella genericamente a linee guida consolidate, senza fare riferimento a decisioni specifiche⁵⁸. Può anche essere visto come una variante opa-

⁵⁵ Cfr. ad es. Cass. civ., Sez. Unite, Sent., (data ud. 03/12/2019) 19/02/2020, n. 4247.

⁵⁶ Cfr. ad es. Cass. civ., Sez. V, Ord., (data ud. 25/11/2020) 04/05/2021, n. 11604; Cass. civ., Sez. lavoro, Sent., (data ud. 19/01/2021) 11/05/2021, n. 12424; TAR Lombardia Milano Sez. II, 10/02/2021, n. 374; Corte dei Conti Lazio Sez. contr. delib., 10/09/2020, n. 73.

⁵⁷ C. Cost. n. 182/2021.

⁵⁸ Cfr. ad es. Cass. civ., Sez. Unite, Sent., (data ud. 06/07/2021) 09/09/2021, n. 24414 nella quale si legge: «In ordine alla esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche il quadro normativo di riferimento è, dunque, debole per la man-

ca dell'argomento del precedente consolidato di cui si è testé detto. In astratto, non si può escludere che si faccia riferimento a un precedente senza fornire alcuna indicazione specifica e senza presentarlo come "giurisprudenza o interpretazione consolidata". In questo caso, il confine con l'invenzione diventa impalpabile, il precedente ben potendo essere frutto d'invenzione in caso di falsa coscienza dell'interprete o se l'interprete porta all'estremo (oltre il limite consentito) la propria creatività perché mosso, ad esempio, dalle proprie convinzioni politiche o etiche. Il precedente opaco può dipendere anche da un errore o una svista da parte dell'interprete o dalla circostanza che l'interprete persegue interessi personali o di terzi che, appunto, "copre" con il richiamo a precedenti imprecisati.

(x) *Argomento del precedente conservativo*: secondo il quale, di fronte a una pluralità di interpretazioni possibili, si preferisce l'interpretazione sulla base della quale si è formata nel tempo una prassi applicativa stabile e coerente con il funzionamento economico del sistema⁵⁹. Può essere visto come una variante dell'*argomento del precedente consolidato*, ma rispetto a esso ha una particolare connotazione espressiva. È trasparente nei suoi obiettivi, ad esempio per quanto riguarda l'obiettivo di non decidere in modo innovativo. Questo obiettivo conservativo può essere limitato al singolo caso o esteso al sistema giuridico nel suo complesso. La migliore dimostrazione di ciò è l'*overruling prospettico* che innova solo *pro futuro*, ma non nel caso concreto, che viene invece deciso in modo conservativo con aderenza a quanto deciso in precedenza.

(xi) *Argomento del precedente in evoluzione*: si fa riferimento al precedente non per applicarlo direttamente, ma come indicatore di un processo evolutivo in corso che giustifica quindi una variazione ermeneutica nel caso da decidere⁶⁰.

(xii) *Argomento del precedente extra vagantes*: essendo irrilevante ai fini della decisione del caso specifico, vi si fa riferimento per completezza e/o per discostarsene, dimostrando di essere a conoscenza della sua esistenza⁶¹.

(xiii) *Argomento del precedente ad pompam*: si fa riferimento a un precedente senza che sia rilevante per la decisione del caso, al fine di dimostrare la conoscenza e la preparazione o la "cultura giuridica" del giudice che decide il caso successivo. L'uso di questo argomento è particolarmente comune in alcuni stili argomentativi: ad esempio, nelle cosiddette sentenze-trattato⁶², cioè quelle decisioni in cui i giudici mettono in mostra la loro preparazione giuridica nella materia o in ge-

canza di una previsione legislativa rivolta a disciplinare la fattispecie. L'esposizione del crocifisso non è stabilita da una legge. E tuttavia, le Sezioni Unite non sono sole nell'esame della questione di massima. Per un verso, sono guidate dalla forza peculiare dei principi fondamentali che entrano in gioco, dalla libertà religiosa al principio di laicità nelle sue diverse declinazioni, al pluralismo, al divieto di discriminazioni, alla libertà di insegnamento nella scuola pubblica aperta a tutti. Tali principi, definiti dalla Costituzione italiana, dalle Carte dei diritti e dalle Corti che ne sono gli interpreti, costituiscono la bussola per rinvenire nell'ordinamento la regola per la soluzione del caso. Per altro verso, sono supportate da una fitta rete di precedenti giudiziari e di contributi della dottrina: gli uni rappresentano i sentieri già percorsi dall'esperienza giurisprudenziale per risolvere controversie che presentano elementi di somiglianza, e sono tanto più rilevanti in mancanza di una legge del Parlamento; gli altri offrono la ricostruzione del quadro di sistema e l'elaborazione di linee di prospettiva coerenti con le attese della comunità interpretante».

⁵⁹ Si veda, ad esempio, Cass. civ., Sez. lavoro, Sent., (data ud. 03/02/2021) 04/08/2021, n. 22251.

⁶⁰ Cass. civ., Sez. V, Ord., (data ud. 16/03/2021) 22/07/2021, n. 20977: ad esempio, si fa riferimento a un precedente un po' più datato per esprimere un giudizio sulla sua erroneità, irrilevanza, ecc.

⁶¹ Cass. civ., Sez. lavoro, Sent., n. 22251/2021.

⁶² Da un punto di vista interno, la tendenza è critica nei confronti delle sentenze-trattato: almeno secondo una parte dei giudici dovrebbero essere evitate. Si veda MANCINI 2018. Di fatto, continuano però a essere emanate. Tra i motivi, che di norma non sono espressi, si possono probabilmente ipotizzare i seguenti: la convinzione che sia necessario istruire/educare, il desiderio d'insegnare, eccesso di *ego* o *hybris*, la convinzione che sia un male minore in una situazione che richiede di affrontare – come si suol dire – "di petto" e "a tutto tondo" la questione giuridica in discussione, etc.

nerale, andando oltre quel che serve per la risoluzione del caso. Siccome per definizione in questo caso il precedente non solo non funge da *ratio decidendi*, ma è anche un *quid pluris* rispetto alla catena giustificativa, i *precedenti ad pompam* sono *obiter dicta*.

(xiv) *Argomentazione del precedente dubbio*: il precedente viene evocato solo come punto di partenza per sollevare un dubbio interpretativo-applicativo che dà origine al processo argomentativo del giudice⁶³. Come l'argomento del *precedente ad pompam*, anche questo deriva da certi stili argomentativi e serve più per scopi retorici che per dare contenuto al ragionamento giudiziario.

(xv) *Argomento del precedente maggioritario e/o più attuale*: viene utilizzato come criterio decisivo per la scelta di una soluzione interpretativa in presenza di altre possibili soluzioni⁶⁴. Naturalmente, i due fattori (cioè maggioranza e attualità) sono distinti e autonomi. Di fatto, però, trattandosi di fattori graduali, più il precedente è maggioritario e più è attuale, e più questi due fattori sono combinati, maggiore sarà la forza argomentativa-persuasiva.

(xvi) *Argomento del precedente minoritario e/o obsoleto*: si tratta, in un certo senso, dell'*alter ego* o dell'argomento speculare rispetto a quello *sub* (xv). È utilizzato come criterio per discostarsi da una interpretazione che si vuole scartare, considerata non accettabile⁶⁵. Non è per nulla raro l'uso combinato dei due argomenti del *precedente maggioritario/più attuale e minoritario/obsoleto*, il che rende l'argomentazione particolarmente robusta e persuasiva nella prassi. Avendo natura complementare, la combinazione dà infatti l'impressione di un ragionamento giudiziario inattaccabile da ambo i lati.

(xvii) *Argomento del precedente isolato*: rappresenta il polo estremo dei due argomenti precedenti. Quando esiste un solo precedente isolato, o lo si valuta come rilevante/decisivo, o lo si scarta, derivando dall'unicità la mancanza di affidabilità. Ne esistono quindi due varianti: una positiva, che finisce per avere la stessa funzione del *precedente-ratio decidendi*, e una negativa in cui la sua unicità diventa motivo per discostarsene.

(xviii) *Argomento dei precedenti contrastanti*: per giustificare una nuova interpretazione (ed eventualmente un nuovo principio di diritto), si evidenziano le aporie e i conflitti tra i precedenti⁶⁶.

(xix) *Argomento del precedente comparato*: per giustificare una soluzione interpretativa, si fa riferimento alla giurisprudenza di altri ordinamenti giuridici che non sono vincolanti nel contesto giuridico del caso da decidersi, ma vi si fa riferimento per mostrare un orientamento condiviso a livello internazionale, sulla base del fatto che quanto deciso altrove è (i.e. *deve essere considerato*) un esempio⁶⁷ o un modello da imitare/"trapiantare". Alla base vi è quindi un *favor* verso quanto deciso dal giudice "estero" e l'idea che la mimesi posso spingersi *ultra moenia*. L'argomento costituisce un fattore per la c.d. circolazione degli istituti e *modelli* giuridici.

(xx) *Argomento del precedente pregiudiziale*: come noto, il sistema giudiziario vigente prevede numerose ipotesi di rinvio pregiudiziale (interpretativo) – ad esempio alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea – che danno luogo a statuizioni di principio che si ritengono vincolanti; per quanto gli esatti contorni della vincolatività siano anche in questo caso discussi riproponendosi il problema del grado di coerenza e della estensione dei principi giurisprudenziali che caratterizza i precedenti, questo ar-

⁶³ Cass. civ., Sez. V, Ord., (data ud. 22/03/2018) 31/07/2018, n. 20253.

⁶⁴ Cass. civ., Sez. V, Ord., (data ud. 27/04/2021) 23/06/2021, n. 17924.

⁶⁵ Cass. civ., Sez. VI - 5, Ord., (data ud. 09/02/2021) 24/05/2021, n. 14209.

⁶⁶ Cass. civ., Sez. III, Ord., (data ud. 05/10/2018) 04/12/2018, n. 31233.

⁶⁷ Si veda, ad esempio, SUCC, n. 24414/2021 e C. Cost., n. 123/2017. Per meglio comprendere i possibili nessi tra argomentazione relativa a precedenti e *argumentum ad exemplum* si v. TARUFFO 1998, 783 ss.

gomento merita comunque di essere isolato sia perché esso poggia su disposizioni normative specifiche, sia perché la sua forza persuasiva dipende anche dalle gerarchie istituzionali/assiologiche che si ritengono sussistenti ai vertici dell'ordinamento giudiziario (ovviamente da intendersi comprensivo delle Corti sovra-nazionali, come la GCUE e la CEDU, o internazionali, come la CIG, riconosciute dal diritto italiano per via dei trattati e delle convenzioni internazionali)⁶⁸.

6. Riflessioni a margine

Dall'analisi meta-giurisprudenziale condotta emergono molte e complesse questioni che mal si prestano a conclusioni. Le riflessioni che seguono suoneranno apodittiche, non essendovi qui la possibilità di giustificarle e sono intenzionalmente provocatorie.

(i) I precedenti giurisprudenziali costituiscono una parte ineliminabile dei sistemi giuridici esistenti, anche se la giurisprudenza non è formalmente riconosciuta come fonte del diritto. Indipendentemente dalla nozione di fonte del diritto adottata, la natura vincolante dei precedenti giurisprudenziali non può essere stabilita in astratto e una volta per tutte. Anche se il carattere vincolante dei precedenti giurisprudenziali fosse stabilito in astratto da un principio o da una meta-norma, esso si applicherebbe sempre *ceteris paribus* e *rebus sic stantibus*: si tratterebbe di un principio o di una meta-norma (sull'applicazione) defettibile per natura, da cui ci si può e ci si deve discostare ogniqualvolta si ravvisino ragioni migliori per decidere diversamente. La storia in proposito testimonia una perenne coesistenza e tensione, di natura al fondo politica, tra istanze di particolarismo e generalità (PETRONIO 2020). I precedenti sono come un giano bifronte in cui *stare decisis* (conformità) e *distinguishing* (differenziazione) sono l'uno l'altra faccia (complemento) dell'altro. E il nesso non è meramente contingente: ha un fondamento logico-assiologico nel principio di universalizzabilità. Ciò implica che il *judge made law* sia una variabile contingente nel *quantum*, non nell'*an* (CHIARLONI 2001). In altre parole: a prescindere dal fatto che la giurisprudenza sia formalmente riconosciuta come fonte del diritto, e a prescindere dall'esistenza di una cultura giuridica, ideologia condivisa o legislazione che ne sancisca formalmente la natura vincolante, in qualsiasi sistema giuridico i precedenti sono vincolanti o non vincolanti, più o meno autorevoli *di caso a caso*, a seconda di una pluralità di fattori pragmatici e valutativi.

(ii) Poiché la discrezionalità interpretativa e applicativa è ineliminabile, e ogni caso della vita è *unico* (come insegna la logica, nel diritto *non* si dà *identità*, bensì vi sono diversi gradi di *(dis)eguaglianza* dipendenti dalla *(ir)rilevanza* di *(dis)somiglianze*), le decisioni giudiziarie sono parte ineliminabile dei diritti vigenti: ciò perlomeno per i diritti – come quello italiano e molti dei sistemi contemporanei – in cui si assume una connessione tra il concetto di diritto e di giustizia (*generalità/eguaglianza*)⁶⁹. La giustizia (intesa come *eguaglianza-generalità*) richiede, infatti, che casi simili siano regolati in modo simile e che le differenze tra i casi e il loro trattamento giuridico siano commensurabili e proporzionate e in funzione di ciò giustificate⁷⁰. Ciò implica

⁶⁸ Si veda ad es. CGUE, 5 aprile 2016 nella causa C-689/13, *Puligenica vs. Airgest s.p.a.*, in risposta ai quesiti prospettati dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana (C.G.A., 17 ottobre 2013 n. 848) e Cons. Stato, Ad. Plen., 27 luglio 2016, n. 19; PAJNO 2021.

⁶⁹ Ciò non implica, e non s'intende sostenere che vi sia necessaria connessione tra diritto e morale: come noto, la questione non si presta a risposte facili e, anzi, richiede di essere articolata in una pluralità di livelli di analisi essendo la domanda *se vi è connessione tra diritto e morale?* ambigua per più profili che non è qui luogo indagare.

⁷⁰ Richiamando la storia: *suum cuique tribuere*. Se i contenuti dei criteri di giustizia sono variabili, la formula esprime però l'ideale della universalizzabilità. È un ideale procedurale perché indica un metodo di decisione, ma ha anche valore logico-assiologico a tre propositi: (i) implica *(dis)eguaglianza*, nella sua duplice dimensione della *somiglianza/differenza*; (ii) sottende quindi una teoria della *(ir)rilevanza* o quantomeno un criterio predeterminato per discriminare tra i particolari

che nessuna decisione, per essere giusta o corretta *secundum ius*, può essere presa nel vuoto, indipendentemente dalla regolamentazione di altri casi. Il contesto, a livello macro- e micro-pragmatico, condiziona il linguaggio giuridico (JORI 2016, 40-41), che è il *medio* del processo decisionale dei giudici e così influisce sugli stili argomentativi. Può condurre ad argomentare dando più peso agli elementi comuni, alla generalità, proporzione, uguaglianza, ecc. (valorizzando le somiglianze) o, al contrario, più a tratti distintivi e/o specifici (evidenziando in genere le differenze). Questo dipende dalla cultura (giuridica) e dalla (P)olitica di fondo: se e quanto i *particolari* (e gli individui) contano (IRTI 2017, 1544-1545).

(iii) La difficoltà di avere un *sistema (ben ordinato)* di precedenti giurisprudenziali dipende quindi da *fattori etico-politici* e (macro- e micro-) pragmatici propri del diritto e del suo linguaggio. È evidente che la nozione di un sistema ben ordinato di precedenti giurisprudenziali è carica di valori e non è affatto neutrale. D'altra parte, serve a sottolineare che quando si parla di precedenti non si pensa a decisioni e scelte *uti singulae*, ma nel loro insieme, e che nessuno è ragionevolmente soddisfatto di un coacervo di precedenti. Naturalmente, il problema sta tutto nel definire in cosa consista questo *buon ordine che fa sistema*. Quando si discute se i precedenti siano vincolanti o persuasivi, se debbano essere l'uno o l'altro e se possano essere l'uno e l'altro, non si chiarisce a sufficienza che la questione così posta, come qualsiasi altro problema riguardante la vincolatività dei precedenti, è in qualche modo mal posta e un falso problema.

(iv) Un diritto vigente caratterizzato da un sistema ordinato di precedenti non è del tutto impossibile dal punto di vista teorico-pragmatico, anche se la sua realizzazione è straordinariamente complessa, non tanto per ragioni tecniche, politiche e valoriali, quanto per un ineliminabile fattore umano. Gli uomini non sono angeli, ricordando una celebre intuizione di HART (2012 [1961], 196).

(v) Evidentemente per avere un diritto (e sistema ben ordinato di precedenti quale sua ineliminabile componente), non è sufficiente declamare valori o principi generali come uguaglianza, certezza, prevedibilità, ragionevole durata, giusto processo, etc.

(vi) D'altra parte, se si ignorano le peculiarità pragmatiche e il *fattore umano* (che si traduce in *personale e individuale responsabilità e deontologia*) anche le riforme normative e i tecnicismi più raffinati non possono che finire per essere inconcludenti e si rivelano inefficaci nei fatti.

(vii) Proprio a *causa de*, e grazie a, il fattore umano, un sistema ordinato di precedenti dipende fondamentalmente dalla prassi stessa; si genera, per così dire, *dal basso*, attraverso la creazione di una cultura giuridica e giudiziaria il più possibile sensibile, acuta, lungimirante e responsabile. Ciò che BOBBIO (1982) scrisse decenni addietro a proposito del *buon legislatore*, vale per i giudici (e ciascuno di *noi*): come ogni istituzione giuridica: i precedenti giudiziari vivono o muoiono in base agli ideali delle persone sulle cui idee, menti e azioni si basa l'istituzione giudiziaria stessa.

(viii) Un sistema ordinato di precedenti è un ideale da perseguire per migliorare la qualità dei sistemi giuridici esistenti. Se si condividono alcuni valori di base, affrontare la regolamentazione dei precedenti giudiziari è un impegno civile e deontologico, ed è perseguibile purché si tenga conto delle caratteristiche pragmatiche del linguaggio giuridico e del diritto, nonché dell'ineliminabile fattore umano che condiziona ogni caso giudiziario e la sua risoluzione in cui

di ciascun individuo; e (iii) implica proporzione nella disuguaglianza. Giustizia non è solo trattamento eguale di casi eguali (in maniera rilevante), ma anche trattamento proporzionalmente diverso dei casi dissimili (in maniera rilevante). Non vi è infatti giustizia nella mera differenziazione: a ciascuna differenza deve corrispondere un trattamento proporzionato allo scostamento dal caso "eguale" di riferimento e da ogni altro caso dissimile da esso.

«si intrecciano [...] indissolubilmente, dimensione conoscitiva e dimensione valutativa» (ZACCARIA 2020, 279).

Sulla base di queste premesse, coltivare gli studi di sociologia giudiziaria non è solo utile, ma appare anche indispensabile per capire come funzionano effettivamente i precedenti. Non è un esercizio “neutrale”; al più può cercare d’essere imparziale (BOBBIO 1958). È, bobbianamente, un atto d’impegno *civile*.

Riferimenti bibliografici

- ARRIAGADA CÁCERES M.B. 2021. *Las dos caras del precedente vinculante*, in NÚÑEZ Á., ARRIAGADA M.B., HUNTER I. (eds.), *Teoría y práctica del precedente*, Editorial Tirant Lo Blanch, 365 ss.
- BOBBIO N. 1958. *Max Weber e l'imparzialità della scienza*, in «Notiziario Einaudi», 7, 3, 1958, 15 ss.
- BOBBIO N. 1982. *Il buongoverno*, in «Belfagor», 37, 1, 1982, 1 ss.
- BURAZIN L., RATTI G.B. 2021. *Rule(s) of Recognition and Canons of Interpretation*, in CHIASSONI P., SPAIĆ B. (eds.), *Judges and Adjudication in Constitutional Democracies: A View from Legal Realism*, Springer, 123 ss.
- CAIRNS J.W. 2013. *Watson, Walton, and the History of Legal Transplants*, in «Georgia Journal of International & Comparative Law», 41, 2013, 637 ss.
- CANALE D., TUZET G. 2007. *On Legal Inferentialism. Toward a Pragmatics of Semantic Content in Legal Interpretation?*, in «Ratio Juris», 20, 1, 2007, 32 ss.
- CHIARLONI S. 2001. *Un mito rivisitato: note comparative sull'autorità del precedente giurisprudenziale*, in «Rivista di diritto processuale», 56, 3, 2001, 614 ss.
- CHIASSONI P. 2012. *¿Los precedentes civiles son vinculantes?*, in ID., *Desencantos para abogados realistas*, Universidad del Externado, 211 SS.
- CIVITARESE S. 2015. *A European Convergence Towards a Stare Decisis Model?*, in «Revista Digital de Derecho Administrativo», 14, 2015, 173 ss.
- COMOGLIO L.P. 2018. *Riflessioni su rule of law e "precedente" giudiziale*, in «Rivista di diritto processuale», 73, 4-5, 2018, 939 SS.
- HALPÉRIN J.-L. 2009. *The Concept of Law: A Western Transplant?*, in «Theoretical Inquiries in Law», 10, 2009, 333 ss.
- HART H.L.A. 2012. *The Concept of Law*, with introduction by GREEN L., edited by RAZ J., BULLOCH P.A., 3rd revised edition, Clarendon Press. (ed. or. *The Concept of Law*, Clarendon Press, 1961).
- IBBETSON D. 2016. *Authority and Precedent*, in GODFREY M. (ed.), *Law and Authority in British Legal History, 1200–1900*, Cambridge University Press, 60 ss.
- IRTI N. 2017. *Sulla relazione logica di con-formità (precedente e susseguente)*, in «Rivista di diritto processuale», 72, 6, 2017, 1539 ss.
- JORI M. 2016. *Legal Pragmatics*, in CAPONE A., POGGI F. (eds.), *Pragmatics and Law, Philosophical Perspectives*, I, Springer, 33 ss.
- MANCINI L. (ed.). 2018. *Report. L'argomentazione delle decisioni della Cassazione: tra autorevolezza del precedente ed esigenze di semplificazione*, disponibile in: https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/REPORT_ARGOMENTAZIONE_DECISIONI_CASSAZIONE_MANCINI.pdf (consultato il 16.12.2022).
- MARSHALL J. 1996. *Trentatré cose che si possono fare con i precedenti*, in «Ragion pratica», 6, 1996, 29 ss.
- MUFFATO N. 2009. *Resta qualcosa da dire sulla polivocità degli enunciati deontici?*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 9, 2009, 589 ss.
- NÚÑEZ VAQUERO Á. 2020a. *Problemas Abiertos sobre la publicación de los precedentes*, in «Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho», 43, 2020, 104 ss.
- NÚÑEZ VAQUERO Á. 2020b. *La relevancia de los hechos para la interpretación y aplicación (analógica) de precedentes*, in GASCÓN ABELLÁN M., NÚÑEZ VAQUERO Á. (eds.), *La construcción del precedente en el civil law*, Atelier, 81 ss.

- NÚÑEZ VAQUERO Á., ARRIAGADA CACERES, M.B. 2021. *¿Es la aplicación del precedente una condición necesaria de su existencia? Un examen desde la teoría analítica del derecho*, in «Ius et Praxis», 27, 1, 2021, 75 ss.
- PAJNO A. 2021. *Il precedente nel giudizio amministrativo. Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in «Contratto e impresa», 1, 2021, 1 ss.
- PASSANANTE L. 2018. *Il precedente impossibile. Contributo allo studio di diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Giappichelli.
- PETRONIO U. 2020. *Il precedente negli ordinamenti giuridici continentali di antico regime*, in «Rivista di diritto civile», 75, 5, 2020, 849 ss.
- PINO G. 2021. *Interpretazione storico-evolutiva, analogia diacronica, e altri esperimenti di alchimia interpretativa (nota a Cass. SSUU, 28 gennaio 2021, n. 2061)*, in «Il Foro italiano», I, 2021, 871 ss.
- SCHAUER F. 1987. *Precedent*, in «Stanford Law Review», 39, 3, 1987, 571 ss.
- SCHAUER F. 2011. *Precedent*, disponibile in: <https://ssrn.com/abstract=1836384> e <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1836384> (consultato il 16.12.2022).
- SIERRA SOROCKINAS D. 2020. *Un análisis sobre la formación del precedente*, in GASCÓN ABELLÁN M., NÚÑEZ VAQUERO Á. (eds.), *La construcción del precedente en el civil law*, Atelier, 53 ss.
- TARUFFO M. 1998. *Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria*, in GIANFORMAGGIO L., JORI M. (eds.), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Giuffrè, 783 ss.
- TARUFFO M. 2014. *Aspetti del precedente giudiziario*, in «Criminalia», 2014, 37 ss.
- TUZET G. 2022. *Precedent and Analogy*, in «Bocconi Legal Studies Research Paper», No. 3982584, disponibile in: <https://ssrn.com/abstract=4005418> (consultato il 16.12.2022).
- VALITUTTI A. 2019. *Precedente giudiziale e argomento “ex auctoritate”*, in «Rivista di diritto processuale», 74, 2, 2019, 494 ss.
- VELLUZZI V. (ed.) 2000. *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Giappichelli.
- VELLUZZI V. 2009. *Analogia, uguaglianza e giurisprudenza della Corte europea di giustizia*, in «Teoria e Critica della Regolazione Sociale», 2009, 1 ss.
- VELLUZZI V. 2013. *Argomenti interpretativi*, in VILLA V., SCHIAVELLO A., PINO G. (eds.), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, 352 ss.
- VELLUZZI V. 2021. *L’analogia giuridica presa sul serio. Osservazioni su Cass., Sez. Un. Penali, 17.3.2021, n. 10831*, in «Criminalia, on-line Discrimen», 2021, 1 ss.
- VILLA V. 2012. *Una teoria pragmaticamente orientata dell’interpretazione giuridica*, Giappichelli.
- ZACCARIA G. 2020. *Figure del giudicare: calcolabilità, precedenti, decisione robotica*, in «Rivista di diritto civile», 75, 2, 2020, 279 ss.
- ZORZETTO S. 2016. *La legge nel tempo. Un’analisi teorica a partire dalla Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*, in «Rassegna di diritto civile», 2, 2016, 624 ss.
- ZORZETTO S. 2019. *Jueces, juristas y pretensión de corrección. Algunas consideraciones de pragmática jurídica*, in E. SOTOMAYOR TRELLES (ed.), *La teoría y filosofía del derecho en el estado constitucional: problemas fundamentales*, Zela, 69 ss.
- WALDRON J. 2012. *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*, in «Michigan Law Review», III, 1, 2012, 1 ss.

DISCUSSIONI

FILOSOFIA DEL DIRITTO E TEORIA DEL PROCESSO IN GUSTAV RADBRUCH

CARLO VITTORIO **GIABARDO**



Filosofia del diritto e teoria del processo in Gustav Radbruch

Gustav Radbruch's Legal Philosophy and Theory of Legal Process

CARLO VITTORIO GIABARDO

Professore “tenure-track” a tempo pieno dell’area “sistemi di giustizia”, Facoltà di Diritto, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima).

E-mail: cgiabardo@pucp.edu.pe.

ABSTRACT

In questo contributo viene presa in considerazione la recente stampa della prima traduzione italiana della *Filosofia del diritto* di Radbruch (a cura di Gaetano Carlizzi e Vincenzo Omaggio), illustrando e discutendo i principali presupposti filosofici dell’opera. Infine, ci si concentrerà su un aspetto poco trattato del lavoro di Radbruch, e cioè la sua visione del processo in quanto istituzione, inquadrandola nelle coordinate generali dell’opera ed esaminando in particolar modo la problematica del cd. giudicato ingiusto.

In this contribution I consider the recent, first publication of the Italian translation of Radbruch’s *Philosophy of Law* (edited by G. Carlizzi and V. Omaggio), by illustrating and debating its key philosophical underpinnings. Besides, I will focus on an under-investigated part of Radbruch’s *oeuvre*, that is his view of the legal process, framing it in the general coordinates of the work and examining specifically the problem of the “unjust” *res judicata*.

KEYWORDS

Filosofia del Diritto, Gustav Radbruch, Ermeneutica Giuridica, Diritto Processuale, giudicato ingiusto

Philosophy of Law, Gustav Radbruch, Legal Hermeneutics, Procedural Law, Unjust “Res Judicata”

Filosofia del diritto e teoria del processo in Gustav Radbruch

(a proposito di Gustav Radbruch, *Filosofia del diritto*, a cura di G. Carlizzi & V. Omaggio)

CARLO VITTORIO GIABARDO

1. *Introduzione* – 2. *I presupposti filosofici della Filosofia del diritto* – 2.1. (Segue). *Il “relativismo metodologico” di G. Radbruch* – 3. *Struttura dell’opera* – 4. *Note su alcune questioni della teoria del processo di G. Radbruch* – 4.1. (Segue). *Il problema del giudicato ingiusto*.

1. *Introduzione*

Va salutata con grande favore e genuino entusiasmo la recente, prima traduzione dal tedesco all’italiano della *Filosofia del diritto* (*Rechtsphilosophie*, 1932) di Gustav Radbruch (Lubecca 1878 – Heidelberg 1949) per opera di Gaetano Carlizzi e Vincenzo Omaggio, pubblicata nel 2021 nella storica collana *Per la storia del pensiero giuridico moderno* (Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Firenze) dalla casa editrice Giuffrè (il volume è, per la precisione, il numero 128).

I due traduttori sono grandi conoscitori del pensiero giusfilosofico tedesco (e in particolare dell’ermeneutica giuridica) e tra i pochi specialisti di lungo corso, in Italia, di Gustav Radbruch, filosofo del diritto (e penalista) tedesco di straordinaria importanza globale, il quale però non ha ricevuto nel nostro paese, a differenza di altri – per es., quelli dell’area anglosassone o iberoamericana – l’attenzione che merita. La notorietà di Radbruch, presso coloro che non sono specifici cultori della sua opera, è spesso infatti limitata alla giustamente celeberrima “*duplice* formula di Radbruch” (coniata dall’A. successivamente, nel 1946, una volta chiusosi il processo di Norimberga dopo gli orrori della Seconda Guerra mondiale), per la quale, da un lato, il diritto *intollerabilmente* ingiusto *non è valido* mentre, dall’altro, il diritto che *nega volutamente* la giustizia non è nemmeno diritto, è *Un-recht* (lo studio di Gaetano Carlizzi che introduce il libro si sofferma puntualmente anche su questa ardua questione, v. *infra*).

In realtà, il contributo che Radbruch con questo lavoro ha offerto al pensiero giuridico novecentesco è immenso. Con la sua *Filosofia del diritto*, egli intendeva mettere a punto un accurato sistema, una costruzione – un *Duomo gotico*, secondo la metafora che Radbruch stesso impiega – articolata e *complessa*, in grado di abbracciare l’intera esperienza giuridica, nessuna parte esclusa. Egli vuole *comprendere* (*prendere assieme*) il fenomeno del diritto nella sua totalità, sia dal punto di vista dei concetti generali sia da quello dei principali istituti particolari e dei vari rami che lo compongono. Per questa ragione sottolineiamo che è opera “*complessa*” nel significato pregnante della parola, cioè che risulta dall’unione di più parti, le quali tutte si tengono insieme armoniosamente e coerentemente – che è poi la caratteristica di molti dei grandi lavori (giuridici, ma non solo) del pensiero tedesco.

Per questa sua vocazione sistematica, lo stile delle pagine della *Filosofia del diritto* è privo di ridondanze, rigoroso. Il linguaggio è asciutto e *fulmineo*, eppure caratterizzato da un lirismo, pur essenziale, non privo qua e là di slanci poetici. Comunque si scorge, in filigrana, una *consapevolezza artistica* (un Capitolo, il quattordicesimo della parte generale, è persino dedicato all’estetica del diritto, al diritto come materiale artistico). I capitoli, concentrati, densi, sono ricchissimi di intuizioni, spesso solo adombrate, spesso solo accennate: sta al lettore ricavarne tutte le implicazioni. Molte, nel testo, sono le rapide citazioni, di frequente in forma di aforismi, che spaziano da Marx al Vangelo, da Shakespeare ad Aristotele, da Tolstoj a Hegel.

La versione che viene tradotta è la terza, del 1932, ampliata rispetto alle precedenti («più un nuovo libro che una nuova edizione» confessa l’A., nella *Premessa*)¹ e l’ultima interamente attribuita a Radbruch. Le successive, fino all’ottava, del 1973, saranno curate in seguito da due suoi allievi. La *Filosofia del diritto* occupa quindi un posto assolutamente centrale nell’evoluzione del pensiero dell’A., tanto che egli – che seppur affinò nel corso degli anni il suo pensiero e ne enfatizzò certi accenti invece che altri (v. *infra*, quanto detto da Carlizzi a proposito della presunta svolta giusnaturalistica) – non ne mise mai in discussione gli aspetti cruciali.

2. I presupposti giusfilosofici della “Filosofia del diritto”

Precedono la traduzione del testo due saggi dei curatori: scelta assai opportuna, perché la lettura e la comprensione delle pagine della *Filosofia del diritto*, soprattutto quelle relative alla Parte Generale, richiedono, pur nel loro rigore terminologico, la chiarificazione di tutta una serie di premesse filosofiche che non possono esser date per scontato.

Il primo saggio, dalla penna di Gaetano Carlizzi, si intitola *Un sistema filosofico deve somigliare a un duomo gotico. Introduzione alla filosofia del diritto di Gustav Radbruch* ed è una presentazione tanto delle matrici filosofiche presupposte dall’opera quanto dei concetti fondamentali ivi espressi. Lascio alla lettura dell’articolo l’approfondimento di tutti i punti che vengono lì toccati. Mi limito qui a sorvolare tre, quelli che mi paiono più centrali per il pieno intendimento delle pagine della *Filosofia*.

(1) Il primo è l’illustrazione della triade costituita da “giustizia (*Gerechtigkeit*), utilità (*Zweckmäßigkeit*) e certezza giuridica (*Rechtssicherheit*)”, i tre elementi che vanno a comporre l’idea di diritto. Triade importantissima nell’architettura radbruchiana, esposta nel corposo Cap. 9 della Parte generale, e che informa di sé lo studio degli istituti nella parte speciale. Questi tre concetti intrattengono tra di loro intricatissime relazioni (definite di “implicazione reciproca” e di “tensione”) che danno poi luogo a vere e proprie antinomie, *dilemmi*, in cui ciascuno di essi si pone in contrasto con l’altro in una lotta che non sembra trovare né riposo né conciliazione. A dire il vero, pur con qualche ambiguità, Radbruch sembra assegnare un ruolo prioritario alla certezza del diritto, senza la quale non può nemmeno parlarsi di ordine giuridico, prima ancora di chiedersi se questo sia utile o giusto.

«Che si ponga termine alla contesa tra le visioni giuridiche è più importante del fatto che questo termine sia giusto e utile; l’esistenza di un ordinamento giuridico è più importante della sua giustizia e della sua utilità... il primo compito del diritto è la certezza giuridica, ossia l’ordine, la pace»².

E poco oltre, con affermazioni che lasciano poco spazio a dubbi:

«la giustizia è il secondo [*zweite*] grande compito del diritto, ma il primo [*nächste*] è la certezza giuridica. “Preferisco commettere un’ingiustizia, piuttosto che sopportare il disordine” ha detto Goethe, e ancora “è meglio che ti accada un’ingiustizia, anziché il mondo sia senza legge”»³.

(2) Il secondo aspetto è il chiarimento dell’espressione “giuspositivismo ermeneutico” – coniata da Gaetano Carlizzi e già oggetto di precedenti studi di quest’ultimo – per descrivere l’atteggiamento generale di Radbruch⁴. Questa locuzione, a prima vista, può apparire quasi un ossimoro, e in un certo senso lo è. Positivismo ed ermeneutica giuridica danno infatti luogo a visioni

¹ RADBRUCH 1932 [2021], 3.

² RADBRUCH 1932 [2021], 83.

³ RADBRUCH 1932 [2021], 94.

⁴ Cfr. CARLIZZI, 2011, 83 ss.; da ultimo, ampi cenni in CARLIZZI, 2022, 15 ss., *passim*.

del fenomeno giuridico contrastanti: l'uno enfatizza il ruolo di colui che *pone* il diritto (il legislatore), colui anzi che non solo lo *dis*-pone, ma lo *im*-pone⁵; l'altra, al contrario, pone l'accento sul ruolo dell'interprete, nella sua funzione (non già di conoscere ma) di individuare e quindi *comprendere* il diritto. In Radbruch i due accenti si tengono, in quanto egli sì riconosce, positivamente, che il diritto valido è unicamente quello posto dall'autorità, ma dall'altro ammette che il diritto va pur sempre *individuato* dall'interprete del caso singolo e concreto (da cui il dualismo "giuspositivismo ermeneutico"). Radbruch parlerà infatti della scienza giuridica come di una *scienza individualizzante*⁶. Ben si capisce, allora, la potente affermazione che egli proferisce, per la quale «il diritto non è la totalità delle norme, bensì è la totalità delle decisioni»⁷. Una vera e propria tesi ontologica, diremmo, sulle componenti ultime ("atomiche") dell'ordinamento giuridico e sull'oggetto autentico della scienza giuridica.

(3) Carlizzi si sofferma infine, opportunamente, sull'ardua questione della presunta svolta giusnaturalista di Radbruch; svolta che, a parere di Carlizzi, non c'è stata, o comunque, qualora la si voglia cogliere, va ridimensionata di molto e letta alla luce di una generale continuità del pensiero dell'A. È pur vero che dopo gli immondi orrori causati dal nazismo in Germania, Radbruch sente il bisogno di prendere chiare distanze dal positivismo inteso come sottomissione cieca alla legge purchessia, da quel positivismo della *dura lex sed lex* o *Gesetz ist Gesetz* (cioè il *positivismo ideologico radicale*, per usare le categorie di Bobbio). Nel celeberrimo articolo del 1946 dal titolo *Gesetzliches Unrecht und ubergesetzliches Recht* – che Carlizzi traduceva, in un suo antecedente lavoro, meditando l'aspetto linguistico, con *Negazione legale del diritto e diritto sovraleale*⁸ – Radbruch infatti argomenta che, da un lato, la legge *intollerabilmente* ingiusta non ha validità giuridica (è cioè *diritto invalido*), mentre la legge *volutamente* ingiusta non è nemmeno diritto, non può cioè nemmeno dirsi avere natura giuridica. Non è possibile addentrarci qui nel tema. Quello che va, però, rilevato è che – come lo studio di Carlizzi qui evidenzia – già nella *Filosofia del diritto* (di dodici anni precedente l'articolo appena ricordato), Radbruch assumeva un atteggiamento più sfumato rispetto al positivismo ideologico. Nel Cap. 10, rubricato *La validità del diritto*, egli introduce infatti la figura delle *leggi vergognose* (*Schandgesetze*), alle quali *la coscienza del singolo può rifiutare obbedienza*. La coscienza (razionale) del singolo ha per Radbruch un ruolo fondamentale nella possibilità dell'insorgenza di un dovere che possa dirsi autentico⁹. Nel caso delle leggi vergognose, quelle cioè che turbano la coscienza, la trasgressione da parte del cittadino è autorizzata (salvo però pagarne le conseguenze, in quanto questa ribellione è ammessa

⁵ Come riconosce lo stesso RADBRUCH 1932 [2021], 82. V. anche più avanti (p. 93): «Chi è in grado di imporre [*durchzusetzen*] il diritto dimostra per ciò stesso che è chiamato a porre [*setzen*] il diritto».

⁶ RADBRUCH 1932 [2021], 134.

⁷ RADBRUCH 1932 [2021], 135.

⁸ CARLIZZI 2016-2018, 51 ss. V. anche, più di recente, CARLIZZI 2022b, 275.

⁹ Questo è un punto che va enfatizzato, in quanto mi pare cruciale per un intendimento più preciso del pensiero di Radbruch (v. lo stesso CARLIZZI 2021, XX, XXI). È solo la coscienza – nel pensiero di Radbruch – che autenticamente obbliga. La coscienza (razionale) deve quindi prima accettare una norma, affinché possa sorgere un genuino dovere (e non semplicemente una *convenienza* dovuta alla costrizione esterna). «Un'obbligazione da parte di una volontà estranea è una contraddizione in sé. Una volontà, quando è accompagnata dal potere di costringere, può creare una necessità [*Müssen*], giammai un dovere essere [*Sollen*] – non può farlo la volontà estranea... » (così, con chiarezza, RADBRUCH 1932 [2021], 51, Cap. *Diritto e morale*). E poco oltre (p. 52): «Soltanto la morale è in grado di fondare [*begründen*] la forza obbligatoria del diritto. ... Di norme giuridiche, dover essere giuridico, validità giuridica, obblighi giuridici si può parlare solo quando la coscienza singola dota l'imperativo giuridico di forza morale obbligatoria». Questa differenza cruciale tra necessità e quindi convenienza (dovuta a una spinta operante dal di fuori) e insorgenza di autentico dovere normativo (necessariamente interno) è poi riproposta, come ricordato nel testo, anche nel Cap. 10, *La validità del diritto* (uno dei più importanti di tutta l'opera): «Come può una norma scaturire da un fatto, un dover essere giuridico dalla volontà di diritto dello Stato o della società, posto che, a quanto pare, *un volere, quando è accompagnato dal potere, può certo produrre una necessità, ma mai un dover essere?*» (*Filosofia del diritto*, 87, enfasi nostra); e ancora: «prescrizione e potere significano soltanto un volere e una possibilità, sono dunque in grado di produrre, dal lato dei destinatari, al massimo una necessità, non certo un dover essere, *forse obbedienza, ma mai un obbligo di obbedienza*» (*op. cit.*, 90, enfasi sempre nostra). Il lettore scuserà le ampie citazioni dal testo originale, giustificate dalla significatività delle affermazioni di Radbruch.

esclusivamente per la persona comune, ma non per il giudice, che è figura, nelle pagine della *Filosofia del diritto*, del tutto sottomessa alla legge)¹⁰. La certezza giuridica, allora, pur avendo un ruolo primario, non ha un ruolo assoluto; vi sono casi in cui questa può cedere, almeno per il *civis*. Sottolineo questa sfumatura perché giocherà un ruolo anche nell'esposizione del problema del giudicato gravemente ingiusto, nella parte che Radbruch dedicherà al processo (sulla quale ci soffermeremo *infra*). Ora, è vero che nel decimo Capitolo non v'è più che un accenno a tutto questo grave problema, ma tanto basta per argomentare che è possibile leggere il "secondo" Radbruch (quello del *Gesetzliches Unrecht*) all'insegna di una continuità del suo pensiero.

Così, alla fine, Carlizzi compendia la tesi generale del Radbruch della *Filosofia*, tesi che egli propone di chiamare "positivismo teleologico-relativistico": «la legge è legge solo se tende alla giustizia, e obbliga solo se la coscienza razionale assegna il primato all'idea di certezza giuridica»¹¹.

2.1. (Segue). Il "relativismo metodologico" di G. Radbruch

Il secondo saggio, dalla mano di Vincenzo Omaggio, si intitola *Il relativismo di Gustav Radbruch* ed è una approfondita delucidazione di quello che è forse il caposaldo per eccellenza della cattedrale filosofica di Radbruch; ci riferiamo al *non cognitivismo etico*, ossia quella posizione secondo la quale non vi è un *criterio di correzione* tra principi etici contrastanti, tra diverse concezioni morali, tra ciò che è giusto e ciò che non lo è, *tra visioni del mondo*. Valga già solo questo punto, quindi, per rifiutare l'etichetta di giusnaturalista a Radbruch (il giusnaturalista è cognitivista in etica; vi è, per il giusnaturalista, oggettività nella morale). La questione è oggi più che mai in auge. Nei dibattiti metaetici contemporanei è frequente il riferimento ai *genuini disaccordi irrisolvibili profondi* (*deep disagreements*). Tra due parlanti razionali – si dice – vi è un momento in cui l'argomentare mediante ragioni si ferma, si interrompe, non può proseguire oltre. Ci si deve arrestare. Oltre un certo punto non è più possibile convincere razionalmente il proprio interlocutore della bontà, o no, di un valore; quello che si può solo fare è *testimoniarlo*. È esattamente quello che già constatava Radbruch: «... gli enunciati deontici ultimi non sono dimostrabili, sono assiomatici, possono essere professati (*Bekanntnisse*) ma non conosciuti (*Erkenntnis*)»¹². Secondo questo *relativismo metodologico*, i valori non sono razionalmente dimostrabili né scientificamente fondabili; possono essere solo personalmente vissuti fino in fondo, senza che ci sia bisogno d'altro («quando si sa da quale parte si sta, si è già fatto abbastanza»)¹³.

Nel saggio ne viene messa in luce la derivazione dal pensiero kantiano (e, aggiungerei, anche humiano e poi anche kelseniano), che vuole l'impossibilità di dedurre la normatività in quanto tale (*il come le cose devono stare*) dall'essere (*il come le cose stanno*). Le cose, per Radbruch, non sono autonome portatrici di valori. I fini sono nell'occhio di chi guarda:

«Facciamo esperienza di uomini e cose rivestiti di valore o disvalore, senza esser consapevoli che questo valore o disvalore proviene da noi, dagli osservatori, non dalle cose ... Dai rami di una vecchia quercia ci scuote un fremito di sacralità. Crediamo di osservare la tossicità della pianta velenosa e la consideriamo come una sua tara morale»¹⁴.

Il puro fatto è *wertblindes*, cieco al valore.

¹⁰ RADBRUCH 1932 [2021], 95.

¹¹ CARLIZZI 2021, XXXVI.

¹² RADBRUCH 1932 [2021], 16.

¹³ RADBRUCH 1932 [2021], 20.

¹⁴ RADBRUCH 1932 [2021], 13.

Questo relativismo fu assai criticato dai contemporanei di Radbruch, e anche dopo, per la sua malintesa debolezza, come Vincenzo Omaggio ricorda¹⁵. In realtà, va messo in chiaro che il relativismo di Radbruch, in quanto posizione metaetica, non ha nulla a che vedere con l'indifferentismo. Non è né «rifiuto scettico dei valori» né «nichilismo decadente»¹⁶, bensì rinuncia alla loro fondazione ultima teorico-scientifica; il che non impedisce, e anzi persino richiede, che questi vengano ordinati gerarchicamente da un punto di vista pratico. Il relativismo di Radbruch è piuttosto la professione che il tal valore è “giusto-per-me” (e quindi non semplicemente uno tra i molti, la cui scelta è rimessa al caso), ma non “giusto-in-assoluto”. In definitiva, la posizione metaetica di Radbruch non sottrae la possibilità – anzi, il dovere – della scelta etica e morale che ispira l'azione.

3. *Struttura dell'opera*

L'opera di Radbruch si divide in una Parte generale e in una Parte speciale. La Parte generale ha lo scopo di presentare l'apparato teorico che reggerà poi le idee esposte nella Parte speciale dedicata agli istituti concreti e ai singoli rami del diritto.

Non è possibile dar conto delle infinite idee espresse tanto nell'una quanto nell'altra. Menzioniamo, tra le molte, quelle contenute nel Cap. V (*Diritto e morale*), una originale ricostruzione del rapporto tra diritto e morale (la quale non è niente affatto estranea al diritto, il quale, anzi, nel distribuire i diritti soggettivi, ha proprio la funzione di render possibile l'agire morale)¹⁷.

Rammarica, per ragioni di spazio, non poterci addentrare anche nelle bellissime pagine dedicate all'interpretazione (Cap. 15, *La logica della scienza giuridica*), ove si espone l'idea tipicamente ermeneutica (ripresa indipendentemente poi da Gadamer, tra gli altri) per la quale l'autore di un testo, o più in generale di un'opera dello spirito, non può vantare *nessun diritto* sull'interpretazione dello stesso: né Mozart né Manzoni potrebbero dirci, se anche mai potessero, qual è la interpretazione corretta delle loro creazioni, che sono invece *gettate* alla storia (più prosaicamente, in Radbruch: «L'interprete può comprendere la legge meglio di quanto hanno fatto i suoi creatori, la legge può essere più saggia dei suoi autori – anzi, deve necessariamente esserlo»)¹⁸.

La parte speciale è invece applicazione della cornice teorica agli istituti particolari: si tratta della persona, della proprietà, del contratto, del matrimonio, delle successioni, del diritto penale, della pena di morte, della grazia, e del processo. Al processo Radbruch dedica (Cap. 25) non più di tre pagine, ma assai fitte di idee e questioni, appena accennate. È su questo punto che vorrei esprimere qualche riflessione conclusiva.

4. *Note su alcune questioni della teoria del processo di G. Radbruch*

Secondo Radbruch, il diritto processuale ha, nei confronti del diritto sostanziale, la stessa tendenza che il diritto in generale ha nei confronti del fine per il quale è stato posto: *si ribella*. Entrambi hanno la capacità di, o la predisposizione a, valere di per sé. Come il diritto in genere, anche il diritto processuale è strumentale: il primo lo è nei confronti dell'interesse politico che lo ha creato, il secondo lo è nei confronti del diritto materiale. Ma ambedue, da strumenti, si tramutano in fini. *Da servi si tramutano in padroni*.

¹⁵ OMAGGIO 2021, LV, LVI (che ricorda le posizioni, tra gli altri, di Julius Binder e persino dell'esistenzialista Karl Jaspers).

¹⁶ OMAGGIO 2021, VI.

¹⁷ RADBRUCH 1932 [2021], 53 ss.

¹⁸ RADBRUCH 1932 [2021], 125.

«Il fine, secondo Jhering, è creatore di tutto il diritto. Ma questo, appena creato, comincia a negare il proprio creatore; sorto da un fine, immediatamente pretende di valere per il fatto stesso della sua esistenza, indipendentemente dal conseguimento del fine, cioè intende vivere come un fine a sé»¹⁹.

E poco oltre:

«La relazione qui descritta tra il diritto e il suo fine... si riproduce nella relazione tra il diritto sostanziale e formale. Il diritto processuale ha il fine di aiutare la realizzazione del diritto sostanziale, ma esso ha valore in sé in modo assoluto, non solo cioè per il caso in cui non servisse a tale scopo, ma finanche nel caso in cui ne costituisse un impedimento»²⁰.

È questo il prezzo da pagare in quel cammino di progressiva autonomizzazione del processo dal diritto materiale, cammino che ha consentito il formarsi e il consolidarsi di concetti e categorie propri della scienza del diritto processuale, e che tanto deve alla grande dottrina processuale classica germanica, che evidentemente Radbruch ha ben presente (ci riferiamo, soprattutto, a Von Bülow, il grande teorico del rapporto giuridico processuale e dell'autonomia di questo)²¹. Valga, fra tanti, l'esempio delle *forme* nel giudizio. Non è infrequente osservare che queste ultime, *astraendosi*, tendano a vivere di vita propria, ad acquisire autonomia rispetto al fine che dovrebbero servire, anche quando quel fine scompare. Lo notava già benissimo Chiovenda nel suo studio su *le forme nella difesa giudiziale del diritto* (la prolusione all'Università di Roma del 1901)²². E corre alla mente qui anche quell'episodio raccontato da Satta, di quegli antichi giudici che si premuravano di specificare che l'"ufficiale ministeriale" deve scrivere il nome di colui al quale consegna la copia dell'atto di citazione di seguito alla dicitura "parlando a" e non andando a capo, pena l'inefficacia dell'atto.

Quei bravi giudici che non erano certamente degli sciocchi ... potevano con tanto minor fatica affidarsi al buon senso ... E invece no: tirano fuori il centimetro, misurano le righe... Si deve concludere che c'è nel giurista un istintivo orrore ad accettare la semplicità della vita?²³.

Radbruch fa due esempi concreti di questa astrazione del rito dalla materia.

(i) Il primo è la netta distinzione tra rapporto giuridico processuale (*Prozessrechtsverhältnisse*) e sostanziale. Il rapporto processuale è di carattere pubblico (intercorre tra le parti e il giudice) e dinamico, quello sostanziale è di carattere privato e statico, secondo l'insegnamento classico. È in virtù di questa separazione – scrive Radbruch – che si ritiene che «un difensore possa chiedere l'assoluzione di un imputato di cui conosce personalmente la colpevolezza»²⁴. Esempio curioso, ma che dimostra concretamente come vi sia una duplicità di esigenze, ognuna corrispondente ai due distinti rapporti sottostanti, che possono entrare in conflitto. Da un lato quella sostanziale che esige la punizione dei colpevoli e dall'altro quella processuale che esige che si condanni solo coloro per i quali è stata raggiunta la prova della colpevolezza. Cosicché «il difensore che chiede

¹⁹ RADBRUCH 1932 [2021], 197.

²⁰ RADBRUCH 1932 [2021], 198.

²¹ Cfr. VON BÜLOW 1868.

²² CHIOVENDA 1930, 353 ss. (a proposito delle cd. "forme residuali", spec. 361 ss.: «forme residuali sono quelle che nate dai bisogni, dall'indole, dalle leggi d'un tempo, sopravvivono, non ostante il trasformarsi dei bisogni, il mutarsi dell'indole, il cader delle leggi, nel tempo che segue. Restano, quasi corpi senz'anima... le forme residuali sopravvissero... come entità per sé stanti e aventi in sé stesse una ragion d'essere. L'arte giuridica amò la forma per la forma: le solennità furon mantenute senza alcun sostrato nel sentimento comune...»).

²³ SATTA 1949 [1994], il quale riporta l'episodio citato da G. MOSCA, *Commentario su le leggi di procedura*, III, Napoli, 1840.

²⁴ RADBRUCH 1932 [2021], 198-199.

l'assoluzione del colpevole di cui non è stata provata la responsabilità resta perciò un difensore del diritto, sebbene non di quello sostanziale, quanto di quello processuale»²⁵. Conseguenza correttissima sul piano processuale, anche civile, ma che solleva, invece, qualche riflessione sul piano etico e deontologico. Nell'accennare al tema, Radbruch fa riferimento alla "nota polemica" sul punto, senza dare ulteriori indicazioni; e in effetti, ricercando un poco, apprendiamo che il problema della difesa della *causa ingiusta* (e in particolare della causa penale che l'avvocato sa esser falsa) ha ricevuto una attenzione finissima già a partire dal Medioevo, grazie all'apporto del diritto canonico e della teologia morale²⁶. Senza poter indugiare sul dibattito, è comunque ragionevole dedurre che Radbruch ne fosse a piena conoscenza.

Mi preme sottolineare come nell'esempio appena fatto, lo scollamento, la divaricazione tra diritto e processo non è assunto come un dato di fatto, ma come un dato normativo; è il diritto stesso che prevede che ciò accada, è un risultato *accettato* e giustificato. Come mai? Radbruch dice, con una mossa rapida e forse anche un po' oscura, che *l'idea di valore* che soggiace a questa scelta – cioè a quella di tener ferma la regola di diritto processuale anche quando contraddica il diritto materiale – è la *certezza giuridica*. L'oscurità però si dirada se teniamo a mente che, nel disegno radbruchiano, la certezza giuridica occupa un posto privilegiato rispetto alle sorelle "giustizia" e "utilità", perché, come abbiamo detto *supra*, è solo la certezza che consente, innanzitutto, a un ordine giuridico di esistere. Abbiamo già accennato, però, a proposito delle "leggi vergogna", al fatto che questo atteggiamento che a prima vista sembra esser positivista nel senso più radicale e ideologico del termine vada reso più sfumato; e proprio il secondo esempio, come ora vedremo, rende palese questa sfumatura.

4.1. (Segue). Radbruch e il problema del giudicato ingiusto

(2) Il secondo momento di scissione tra diritto e processo, di scarto ammesso e accettato, riguarda la forza della cosa giudicata (la sua *Rechtskraft*, la sua "forza del diritto") e, in particolare, quella di *giudicato ingiusto*. «La sentenza che deve garantire la situazione giuridica sostanziale ... ottiene la forza di cosa giudicata indipendentemente dal fatto di garantire il diritto materiale»²⁷. Parimenti, anche in questo caso è la certezza a fondare l'istituto, la certezza, evidentemente, dell'esistenza o meno di una situazione giuridica. Da qui il bisogno dell'incontrovertibilità, della indiscutibilità dell'accertamento giudiziale.

Ora, il processualista più rigoroso potrebbe specificare che il giudicato non è *mai* ingiusto, *agli occhi dell'ordinamento*. Predicare l'ingiustizia di una sentenza, infatti, significa null'altro che avere a disposizione un mezzo giuridico attraverso il quale far valere la doglianza, ottenere l'accertamento *istituzionale* dell'ingiustizia e quindi la sua rimozione. È necessario, in altre parole, non solo che ci sia qualcuno che affermi l'ingiustizia, ma anche che questi sia dotato del potere di affermarla. Se questo mezzo manca (come manca per definizione nei confronti del giudicato), l'ingiustizia rimane confinata all'ambito soggettivo ed è quindi irrilevante dal punto di vista dell'ordinamento. Potrà certo essere ingiusto agli occhi della parte, ma non a quelli del diritto. Quello del giudicato ingiusto è quindi, giuridicamente parlando, un *non-problema*²⁸.

²⁵ RADBRUCH 1932 [2021], 199.

²⁶ Si vedano, sul punto, ad es., gli approfonditissimi studi da parte della studiosa di storia del diritto BIANCHI RIVA 2012 e BIANCHI RIVA 2015.

²⁷ RADBRUCH 1932 [2021], 199.

²⁸ «[L]'eventuale divergenza tra la situazione sostanziale esistente in precedenza e quella accertata dalla sentenza passata in giudicato – scrive CAPONI 1991, 63 e 64 – è dunque un fenomeno privo di rilevanza giuridica», specificando che «[L]a negazione della rilevanza giuridica della sentenza ingiusta è un dato dogmatico fondamentale della teoria del giudicato». È vero che, nell'ordinamento italiano, vi sono mezzi di impugnazione *straordinari*, la cui proposizione, cioè, non è impedita dal passaggio in giudicato della sentenza (v. la revocazione straordinaria di cui all'art. 395 c.p.c., n. 1, 2, 3, 6 c.p.c. e l'opposizione di terzo ex art. 404 c.p.c., comma 1 e 2); ma – come è stato corretta-

La specificazione fatta non sembra inutile considerando ciò che Radbruch dice in seguito.

In coerenza con quanto accennato a proposito del diritto gravemente ingiusto (le “leggi-vergogna”) – la cui forte «scorrettezza del contenuto, la sua ingiustizia, o la sua disutilità» non impegna la coscienza individuale – Radbruch predica l’«assoluta nullità (*absoluter Nichtigkeit*) della cosa giudicata nelle sentenze viziate da gravi difetti sia di ordine sostanziale che di ordine formale»²⁹. Dato che, però, la cosa giudicata è espressione dell’esigenza della certezza del diritto, nel caso appena esposto «si sviluppa un conflitto all’interno della stessa certezza giuridica»³⁰. Ha luogo così, per Radbruch, uno scontro tra la certezza della cosa giudicata e la certezza del diritto: e in caso di *grave* scorrettezza della prima, a prevalere deve però essere quest’ultimo.

Resta il problema di chi e come è legittimato ad affermare (agli occhi dell’ordinamento, s’intende) una tale ingiustizia del giudicato: e non vale affermare – ma il discorso ci sta portando ben oltre l’orizzonte di Radbruch – che ci si potrebbe immaginare l’ammissibilità di un apposito secondo giudizio di merito volto a denunciare l’ingiustizia del precedente; il problema così sarebbe solo spostato, e non risolto, giacché non vi sarebbe nessuna garanzia che il nuovo giudicato sia corretto, di modo che potrebbe riproporsi lo stesso conflitto in seno al nuovo giudizio, e così all’infinito³¹. Bisogna quindi arrendersi all’idea che il giudicato (anche *gravemente*) ingiusto sia un fenomeno ineliminabile, nel senso che la grave ingiustizia, esaurite le impugnazioni, è destinata per forza di cose a perdere rilevanza giuridica (a meno di non lasciare il giudizio sempre aperto, indefinitamente rivedibile, sacrificando però così totalmente la certezza del diritto; conclusione alla quale Radbruch si sarebbe certamente opposto).

mente sottolineato – questi mezzi straordinari «se accolti, hanno per effetto quello di cancellare [il giudicato] dal mondo giuridico. Ciò conferma quindi che «il giudicato, *finché e nei limiti entro i quali sussiste*, non può essere contrapposto alla situazione o al rapporto realmente esistente» (così, ancora, R. CAPONI, 1991, 64 in nt. 12, che cita il virgolettato da PUGLIESE 1969, 786 ss. e 827). Per ampi ragguagli sul dibattito, specie con riferimento alla dottrina tedesca, che per prima indagò il tema, v. anche il fondamentale lavoro di ATTARDI (un Autore che, più di altri, ha approfondito il tema del giudicato ingiusto) 1961, 1 e ss., ma spec. 43 ss. Va infine rilevato, per amor di verità, che nell’ordinamento italiano vi è, però, un solo caso al quale possiamo dare vera rilevanza al giudicato ingiusto, in via eccezionale, ed è quello di cui all’ipotesi prevista dall’art. 2738 c.c. che riconosce la possibilità al soccombente di chiedere il risarcimento del danno derivante della sentenza basata su giuramento riconosciuto falso.

²⁹ Qui Radbruch pare accomunare sotto un medesimo ombrello i due fenomeni concettualmente distinti del giudicato *ingiusto* e del giudicato *illegale*: il primo è quello che dichiara «fondata o ammissibile una domanda che sia, invece, infondata o inammissibile»; il secondo, invece, è quello che risulta, o meno «dall’osservanza delle norme che regolano l’attività in genere, quella di decisione in particolare del giudice» (così, con grande spirito analitico, ATTARDI 1961, 39). Ne risulta, quindi, che «una decisione può essere legale ma ingiusta oppure illegale ma giusta: la prima ipotesi si presenta quando, ad esempio, risulti sulla base di nuovi elementi una divergenza tra il giudizio di fatto e la realtà che abbia anche determinato un contenuto della decisione diverso da quello che sarebbe stato se quella divergenza non si fosse verificata; la seconda si ha se, ad esempio, la valutazione degli elementi a disposizione del giudice sia erronea e nondimeno una retta applicazione delle norme di diritto alla reale situazione di fatto avrebbe determinato una decisione identica a quella emanata» (ancora ATTARDI 1961, 41-42).

³⁰ RADBRUCH 1932 [2021], 199.

³¹ «Nulla può assicurarci che il giudizio che la sentenza sia ingiusta non sia a sua volta ingiusto»: così ATTARDI 1961, 4, nt. 7 *bis*, in fine. A questo stesso proposito, riporta CAPONI (1991, 65, nt. 13) l’acuta affermazione di BERNATZIK 1886, 116: «Ich weiss dann zwar, dass ein Urteil die Wahrheit nicht enthielt, aber ich weiss nie, ob ein Urteil die Unwahrheit enthält» («posso sapere se una sentenza non conteneva la verità, ma non so mai se contiene una falsità»).

Riferimenti bibliografici

- ATTARDI A. 1961. *La cosa giudicata, I, L'accertamento giudiziale*, in «Jus», 1 ss.
- BERNATZIK E. 1886. *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Verwaltungsrechtliche Studien*, Wien.
- BIANCHI RIVA R. 2012. *L'avvocato non difenda cause ingiuste. Ricerche sulla deontologia forense in età medievale e moderna. Parte prima. Il medioevo*, Giuffrè.
- BIANCHI RIVA R. 2015. *La coscienza dell'avvocato. La deontologia forense fra diritto e etica in età moderna*, Giuffrè.
- CAPONI R. 1991. *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Giuffrè.
- CARLIZZI G. 2011. *Gustav Radbruch e le origini dell'ermeneutica giuridica contemporanea*, in «Persona y derecho», 83 ss. (nonché in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2011, 389 ss.).
- CARLIZZI G. 2018. *I fondamenti giusfilosofici della “Duplice formula di Radbruch”*, in «Annali dell'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa 2016-2018», 51 ss.
- CARLIZZI G. 2021. *“Un sistema filosofico deve somigliare a un duomo gotico”. Introduzione alla filosofia del diritto di Gustav Radbruch*, in G. Radbruch, *Filosofia del diritto* (a cura di G. Carlizzi e V. Omaggio), Giuffrè, V ss.
- CARLIZZI G. 2022a. *Per una storia dell'ermeneutica giuridica*, in «Diacronia», 15 ss.
- CARLIZZI G. 2022b. *Continuità o discontinuità nella filosofia del diritto di Radbruch? La tesi del “giusnaturalismo ermeneutico”*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 275 ss.
- CHIOVENDA G. 1930. *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, in ID., *Saggi di diritto processuale civile, I*, 353 ss.
- OMAGGIO V. 2021. *Il relativismo di Gustav Radbruch*, in G. Radbruch, *Filosofia del diritto* (a cura di G. Carlizzi e V. Omaggio), Giuffrè, XLI ss.
- PUGLIESE G. 1969. voce *Giudicato civile*, in *Enc. Dir.*, XVITI, Milano.
- RADBRUCH G. [1932] 2021. *Filosofia del diritto*, a cura di G. Carlizzi, V. Omaggio, Giuffrè.
- SATTA S. [1949] 1994. *Il formalismo nel processo*, in ID., *Il mistero del processo*, Adelphi, 81 ss.
- VON BÜLOW, O. 1868. *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen*, Giessen.

TEORIA
DELL'INTERPRETAZIONE,
RAGIONAMENTO
GIURIDICO, SCETTICISMO
INTERPRETATIVO

A MARGINE DE *IL RAGIONAMENTO GIURIDICO*
DI GIUSEPPE TERRANOVA

GIORGIO **PINO**



Teoria dell'interpretazione, ragionamento giuridico, scetticismo interpretativo
A margine de *Il ragionamento giuridico* di Giuseppe Terranova

Legal interpretation, legal reasoning, interpretive scepticism
Discussing Giuseppe Terranova's *Il ragionamento giuridico*

GIORGIO PINO

Professore di Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università Roma Tre.
E-mail: giorgio.pino@uniroma3.it

ABSTRACT

Questo contributo discute l'ultimo libro di Giuseppe Terranova, *Il ragionamento giuridico*, con particolare riferimento a due punti che suscitano una particolare attenzione nel teorico del diritto: il posto dell'interpretazione giuridica all'interno del fenomeno giuridico in generale, e la professione di scetticismo interpretativo che Terranova rivendica a più riprese nel corso del lavoro.

This short essay discusses Giuseppe Terranova's last book, *Il ragionamento giuridico*, focusing mainly on two points that are bound to raise the interest of legal philosophers: the place of legal interpretation in the legal domain generally understood, and the self-depiction of Terranova's theory of legal interpretation as a kind of interpretive skepticism.

KEYWORDS

interpretazione giuridica, ragionamento giuridico, scetticismo interpretativo
legal interpretation, legal reasoning, skepticism

Teoria dell'interpretazione, ragionamento giuridico, scetticismo interpretativo

A margine de *Il ragionamento giuridico* di Giuseppe Terranova

GIORGIO PINO

1. Dall'ordinamento al ragionamento – 2. Scetticismo interpretativo?

Tra i tanti punti de *Il ragionamento giuridico* che, nella prospettiva del teorico del diritto, meritano di essere perlustrati e discussi proverò, ad isolarne e discuterne in particolare due: il posto dell'interpretazione giuridica all'interno del fenomeno giuridico in generale, quale emerge dal lavoro di Giuseppe Terranova; e la professione di scetticismo interpretativo che Terranova rivendica a più riprese nel corso del lavoro.

Si tratta di due temi che non solo hanno in sé un evidente interesse, quantomeno in prospettiva teorico-generale, ma che a ben vedere rappresentano delle chiavi di volta fondamentali del discorso sviluppato da Terranova, qui e altrove. Non è ozioso, dunque, dedicare loro una seconda occhiata.

1. Dall'ordinamento al ragionamento

La prima delle due questioni di cui intendo occuparmi – il posto dell'interpretazione giuridica all'interno del fenomeno giuridico in generale – è, a ben vedere, una vera e propria questione di fondo. Sotto questo aspetto, il lavoro di Terranova si può considerare come paradigmatico di un modo di guardare al diritto che ha preso gradualmente forma negli ultimi decenni: non necessariamente sotto forma di un preciso “manifesto teorico”, quanto piuttosto come un (nuovo) atteggiamento, ben riconoscibile e diffuso tra i giuristi e i teorici del diritto.

In estrema sintesi, si tratta dell'atteggiamento che consiste nel guardare all'interpretazione giuridica come una attività del tutto *intrinseca* al fenomeno giuridico e, in definitiva, come una attività costitutiva del diritto stesso. Secondo questo modo di vedere, l'interpretazione non è una attività eventuale e accessoria rispetto al diritto (al diritto da applicare nelle sentenze, da sistematizzare nei trattati, da esporre nei manuali, ecc.), ma piuttosto una attività che partecipa alla formazione (e alla conformazione) del diritto positivo stesso. Da questo punto di vista, il tema dell'interpretazione ha assunto un ruolo “centrale” nelle indagini dei teorici del diritto, in tal modo assumendo il posto che precedentemente era attribuito ad un altro concetto-chiave della teoria del diritto, e segnatamente al concetto di ordinamento giuridico.

È opportuno, qui, precisare cosa intendo per ruolo “centrale” di un certo problema all'interno di un'indagine teorica (e chiarire perché ho messo questo aggettivo tra virgolette): e a tal fine occorre tenere presente la distinzione tra problemi filosofici, e dunque anche filosofico-giuridici, “centrali” e problemi filosofici “fondamentali”¹.

* Le pagine che seguono si basano su intervento che ho tenuto in occasione di un incontro di studio dedicato al libro di Giuseppe Terranova, presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre nel gennaio del 2022: che, con enorme rammarico, è stata l'ultima occasione che ho avuto per discutere con lui. Una versione leggermente diversa apparirà in un volume di “Studi in memoria di Giuseppe Terranova su *Il ragionamento giuridico*”.

¹ Per questa distinzione, v. JORI, PINTORE 2014, 50 s.

Ebbene, un problema filosofico-giuridico è *fondamentale* se è un problema la cui trattazione è concettualmente prioritaria a tutti gli altri, perché la sua soluzione condiziona fatalmente, in un senso o in un altro, la trattazione degli altri problemi filosofico-giuridici. Paradigmaticamente, quello della definizione del concetto di diritto è un problema filosofico fondamentale, perché una volta definito il concetto di diritto in un modo anziché in un altro (ad es., adottando una prospettiva imperativistica, o normativistica, o giusrealistica, o neocostituzionalistica, o giusnaturalistica, o istituzionalistica, ecc.) ciò condiziona il modo di “vedere” tutti gli altri problemi e concetti della filosofia del diritto (la norma, l’ordinamento, le fonti del diritto, l’interpretazione, i diritti soggettivi, la normatività del diritto, ecc.).

Un problema filosofico-giuridico è *centrale*, invece, se è problema che è trasversalmente presente in tutti o in molti degli altri problemi della filosofia del diritto (o comunque in un gruppo di essi), di modo che il riferimento a questo problema emerge ogniqualvolta venga trattato uno qualunque degli altri problemi della filosofia del diritto (anche se non necessariamente in tutti tali problemi, e non in tutti allo stesso modo). Un problema “centrale”, in questo senso, non è (o non è necessariamente) anche un problema “fondamentale”: infatti, un problema centrale spesso presuppone esso stesso l’adozione di un certo approccio relativamente ad un problema fondamentale (paradigmaticamente: un concetto di diritto).

Ora, che nell’approccio standard alla teoria del diritto novecentesca, specialmente in ambito giuspositivistico, il ruolo di concetto “centrale” spettasse all’ordinamento giuridico è assolutamente evidente². Tutti o quasi i problemi e i concetti rilevanti per la teoria del diritto venivano fatti passare attraverso il prisma dell’ordinamento giuridico: intanto, l’ordinamento giuridico, di per sé, è rappresentato come una specie di edificio, più o meno complesso (ma tendenzialmente di forma piramidale), la cui esistenza e la cui struttura sono semplicemente dei dati di fatto per l’interprete³; poi, una norma giuridica esiste (è valida) se appartiene ad un ordinamento, se è stata prodotta conformemente a quanto previsto da un ordinamento; le fonti del diritto sono i fatti e gli atti abilitati a produrre diritto da un ordinamento; lacune e antinomie sono considerate alla stregua di difetti “strutturali” dell’ordinamento e, nonostante la loro correzione (colmare lacune, risolvere antinomie) sia ovviamente un compito che spetta agli interpreti, tuttavia tali operazioni venivano solitamente presentate come “autointegrazione” dell’ordinamento giuridico – quasi come se, nel colmare di una lacuna o nel risolversi di un’antinomia, fosse l’ordinamento stesso a correggersi, al pari di un organismo che si rigenera⁴; e la stessa, tradizionale questione della separazione tra diritto e morale veniva impostata in termini quasi “spaziali”: il criterio ordinatore che assicura l’identità dell’ordinamento giuridico (la norma fondamentale kelseniana, la norma di riconoscimento hartiana) serve a distinguere tra le norme giuridiche (che appartengono all’ordinamento giuridico, e sono dotate di validità giuridica) e le norme morali (che “stanno fuori” dall’ordinamento, appartengono alla morale sociale o alla morale critica, e sono dotate di valore morale).

In questo clima di centralità del problema dell’ordinamento giuridico, ovviamente, non è che il problema dell’interpretazione fosse del tutto assente (anche se talvolta, effettivamente, l’interpretazione era semplicemente ignorata). Ma il momento costitutivo della giuridicità veniva individuato soprattutto, se non esclusivamente, nel momento della produzione del diritto, anziché in quello della sua applicazione. L’interpretazione giuridica, quando veniva affrontata, era tratta-

² *Il diritto come ordinamento* era, tra l’altro, il titolo del X Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica (Bari 3-5 ottobre 1974), i cui Atti furono pubblicati nel 1976 da Giuffrè.

³ Perfino un cultore dello scetticismo interpretativo come Giovanni Tarello afferma a chiare lettere che la gerarchia delle fonti del diritto è sottratta alla disponibilità dell’interprete: cfr. TARELLO 1980, 318 e 322.

⁴ TARELLO 1980, 136, nota che nella dottrina meno recente le antinomie venivano considerate come un problema dell’ordinamento, e in particolare una questione di rapporto tra fonti, anziché come un problema di interpretazione. Sulla “autointegrazione” davanti alle lacune, v. BOBBIO 1993, 262 («Per completarsi, un ordinamento giuridico può ricorrere a due metodi diversi che possiamo chiamare, seguendo la terminologia di Carnelutti, di *eterointegrazione* e di *autointegrazione*», corsivi nell’originale).

ta come un tema semplicemente *giustapposto* agli altri temi “classici” della teoria del diritto, come l’ordinamento giuridico, la norma giuridica, la validità, le fonti del diritto, i rapporti tra diritto e morale...: pur non del tutto ignorata, l’interpretazione veniva confinata ad una trattazione piuttosto limitata, e soprattutto *separata* rispetto agli altri temi centrali della teoria e della filosofia del diritto – un capitolo a sé, un’appendice circoscritta e ben delimitata delle grandi opere di filosofia del diritto⁵. Il messaggio sottostante a questo atteggiamento, allora, era che concetti come la norma giuridica, l’ordinamento, la validità, le fonti del diritto, e così via, sono concetti tutto sommato *indipendenti* dall’interpretazione – in altre parole, non è necessario chiamare in causa l’interpretazione per capire come funzionano la norma giuridica, l’ordinamento ecc.

A questo modo di vedere nella teoria del diritto, ha fatto (e spesso fa tuttora) da *pendant* l’atteggiamento, perfettamente speculare, di quei giuristi positivi che tendono a presentare il proprio lavoro come se non includesse l’interpretazione, ovvero – si tratta solo di un modo diverso di dire la stessa cosa – come se l’interpretazione giuridica fosse qualcosa di meramente neutro, tecnico, una presa d’atto di una realtà giuridica immanente e da portare alla luce. Atteggiamento, questo, di solito indicato come “formalismo”, in una delle molte accezioni di questo termine. Il giurista, qui, si presenta come “scienziato”, come un praticante di una bimillennaria scienza giuridica, il cui compito è prendere atto del diritto positivo così com’è, eventualmente contribuendo a presentarlo in buon ordine.

In entrambi i casi (sia nel caso dell’approccio “strutturale” alla teoria del diritto, sia nel caso dell’approccio “formalista” alla scienza giuridica), potremmo dire, è in atto una sorta di processo di rimozione dell’interpretazione: sia le categorie teoriche, sia le costruzioni intellettuali e le decisioni applicative dei giuristi positivi, vengono presentate come entità che operano al netto dell’interpretazione – o quantomeno come entità che *possono*, fisiologicamente, fare a meno dell’interpretazione. (Questo, peraltro, si rispecchia in una certa, ingenua, reinterpretazione del brocardo *in claris non fit interpretatio* – che, preso in una maniera puramente letterale, meccanica, farebbe pensare che quantomeno nei casi chiari non sia necessario interpretare⁶.)

Verso le ultime decadi del Ventesimo secolo, l’atteggiamento sommariamente descritto poco sopra, e fino ad allora alquanto radicato nella cultura giuridica, ha iniziato a mostrare crepe. Si diffonde una sempre maggiore consapevolezza della centralità e dell’imprescindibilità dell’interpretazione – e più in generale del ragionamento giuridico – all’interno del fenomeno giuridico⁷. I fattori che possono dare conto di questo progressivo spostamento di paradigma

⁵ Per alcuni esempi di questo tipo di approccio, si vedano: KELSEN 1952 [1934], cap. VI; KELSEN 1990 [1960], cap. VIII (e si noti che la *Teoria generale del diritto e dello Stato*, pubblicata nel 1945 e cioè all’incirca in mezzo a queste due edizioni della *Dottrina pura*, è del tutto priva di un capitolo sull’interpretazione); HART 1994 [1961], cap. VII; ROSS 1990 [1958], cap. IV; N. Bobbio dedica un breve capitolo alla teoria dell’interpretazione del positivismo giuridico in BOBBIO 1996 [1961], Parte II, cap. VI, mentre il tema dell’interpretazione è pressoché assente in *Teoria della norma giuridica* (1958) e *Teoria dell’ordinamento giuridico* (1960) (entrambi ristampati nel volume BOBBIO 1996 [1961]); AL-CHOURRÓN, BULYGIN 2005 [1971]; NINO 1996 [1980], cap. V.

⁶ Come è noto, il brocardo *in claris non fit interpretatio*, in origine, non aveva a che fare con l’interpretazione giuridica così come la intendiamo oggi, ma piuttosto con la *interpretatio prudentium*, ossia con l’opinione dei dottori (inclusi i giudici) intesa come una specifica fonte del diritto, a cui ricorrere solo in caso di incertezza della soluzione offerta dalle altre fonti del diritto. Non era dunque un precetto metodologico o teorico dell’interpretazione, ma un criterio ordinatore delle fonti. Per qualche cenno al riguardo, v. TARELLO 1980, 33 s.

⁷ Tra le opere più significative per questo cambiamento di prospettiva, e apparse nello stesso anno, vi sono MAC-CORMICK 1978, e ALEXYS 1998 [1978]; appena due anni dopo (1980), appare *L’interpretazione della legge*, di Giovanni Tarello. È evidente comunque che quella offerta nel testo è una semplificazione: coglie un movimento del pensiero giuridico effettivamente percepibile, ma non può essere ridotta ad una questione di rigide caselle, né a un “prima” e a un “dopo” situabili in una data precisa. Ad esempio, nonostante Hans Kelsen possa essere legittimamente considerato un esponente di spicco dell’approccio “strutturale” alla teoria del diritto, la sua opera apre anche una crepa significativa in tale approccio nel momento in cui qualifica la distinzione tra produzione e applicazione del diritto come una questione di grado: per Kelsen, ogni attività di produzione del diritto è anche una attività di applicazione, e viceversa, con l’eccezione della produzione della prima costituzione (che non applica diritto) e dell’esecuzione di

sono molteplici. A provare a stilare un elenco (approssimato per difetto), si potrebbero individuare, *sul piano filosofico*: la riscoperta della ragion pratica, l'interesse per la nuova retorica, la svolta pragmatica in filosofia del linguaggio, l'applicazione della filosofia ermeneutica all'esperienza giuridica. E, *sul piano giuridico*: la struttura multilivello dell'ordinamento dello Stato costituzionale, in cui l'interprete si misura con plurimi livelli di legalità, venendo spesso chiamato a riconciliarli in via interpretativa (esemplare, al riguardo, il caso dell'interpretazione conforme a Costituzione, o al diritto eurounitario); la crisi della legge, e in generale dell'ordine delle fonti (età della decodificazione, inflazione legislativa), che hanno portato allo scoperto il ruolo sempre attivo richiesto all'interprete per estrarre dal diritto positivo la soluzione dei casi giuridici; il verificarsi di vicende di aperto protagonismo del potere giudiziario⁸; e più in generale il declinare della rappresentazione del "giuridico" come una sfera autonoma e separata rispetto alla morale, alla politica, all'economia⁹.

Ora, che nella cultura giuridica sia emerso un notevole interesse per la tematica dell'interpretazione, la si può ormai considerare una osservazione abbastanza usuale, e pressoché banale. Tuttavia, qui non mi riferisco semplicemente al fatto che il tema dell'interpretazione giuridica, da capitolo accessorio ed eventuale delle grandi opere novecentesche di teoria o filosofia del diritto, è ora diventato oggetto di trattazioni specifiche e approfondite, che ne mostrano tutta la problematicità e la centralità per il lavoro del giurista; in altre parole, il punto non è (solo) che oggi un po' tutti si occupano assai più che in passato del tema dell'interpretazione.

Il punto è, piuttosto, che l'interpretazione è ora considerato uno di quei problemi filosofici "centrali", nel senso già chiarito¹⁰. In altre parole, preso atto del carattere imprescindibile e onnipresente dell'interpretazione e del ragionamento giuridico, diventa inevitabile ripensare mano a mano tutti o quasi tutti i concetti-base della teoria del diritto proprio alla luce dell'interpretazione – o comunque diventa inevitabile vedere in che modo l'interpretazione entra a far parte di quei concetti. L'interpretazione, così, cessa di essere *uno* dei tanti problemi della teoria del diritto, accanto agli altri, per diventare piuttosto un problema "integrato" negli, e "trasversale" agli, altri problemi della teoria del diritto: non è possibile concettualizzare adeguatamente numerosi, e importanti, aspetti del fenomeno giuridico senza tenere conto del ruolo che nei loro confronti svolge l'interpretazione; senza cioè considerare che quegli aspetti del fenomeno giuridico sono, tutti, in vario modo attraversati dall'interpretazione – sono essi stessi delle variabili dell'interpretazione¹¹.

Ecco qui di seguito gli esempi più evidenti di come un approccio "consapevole dell'interpretazione" riconfiguri, attraverso le lenti dell'interpretazione, i concetti e i problemi tradizionali della teoria del diritto:

provvedimento individuali (che non produce diritto).

⁸ La cui prima emersione e teorizzazione, in Italia, si trova probabilmente in BARCELLONA 1973.

⁹ POSNER 1987, 761-780.

¹⁰ E peraltro, non sono mancati tentativi di configurare l'interpretazione non come problema "centrale", ma addirittura come il problema "fondamentale" della filosofia del diritto (il problema "ultimo" della filosofia del diritto, dalla cui soluzione dipendono tutti gli altri). Il tentativo più ambizioso di ripensare l'intera filosofia del diritto alla luce dell'interpretazione (e dunque di configurare l'interpretazione come problema non solo centrale, ma fondamentale) è probabilmente rappresentato da DWORKIN 1986; DWORKIN 1994, 463-475. Si vedano anche VIOLA, ZACCARIA 1999, 99 («il diritto stesso è [...] una *pratica interpretativa*»); LIPARI 2008, 190 (sull'interpretazione come «momento costitutivo dell'esperienza giuridica»).

¹¹ Spunti in tal senso sono significativamente anticipati in MERKL 1987 [1916], 257-259; v. poi WRÓBLEWSKI 1972, 52; LUZZATI 1993, 7 s.; BARBERIS 2014, 187 (ma nell'ultima edizione di questo testo, intitolata *Una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale*, BARBERIS 2017, 177, Barberis sembra accettare che l'interpretazione sia anche un problema "fondamentale", nel senso spiegato nel testo).

Di contro, Luigi Ferrajoli ha spesso sostenuto che il tema dell'interpretazione non appartiene, propriamente, alla teoria del diritto, bensì all'epistemologia del diritto, cioè alla teoria della conoscenza giuridica (cfr. ad es. FERRAJOLI 2013, 127, nt. 59), con ciò assumendo la separabilità dell'interpretazione da tutti gli altri problemi della teoria del diritto.

- la norma giuridica, come è noto, è adesso normalmente definita come il significato di un enunciato delle fonti (di una disposizione), *attribuito a seguito di interpretazione*¹²; e pertanto l'interpretazione è necessaria per individuare una norma, perfino per portare una norma ad esistenza – la norma è il prodotto di una attività interpretativa, a differenza dall'atto normativo che è creato dalle autorità dotate del potere di produzione normativa;
- la validità (soprattutto se intesa come validità materiale o sostanziale¹³) è un concetto dipendente dall'interpretazione nella misura in cui l'accertamento della validità presuppone la verifica della compatibilità tra due norme – una norma è valida se non è in contrasto con un'altra norma ad essa superiore. Pertanto, non solo il giudizio di validità involge un confronto tra due norme (che sono essere stesse individuate tramite interpretazione), ma richiede un apprezzamento di compatibilità che raramente è meccanico o puramente logico (la compatibilità tra due norme, e dunque la validità della norma inferiore, può essere non solo opinabile, ma anche relativa e graduale: ci possono essere norme più valide di altre, in quanto frutto di interpretazioni che assicurano un maggior grado di compatibilità o congruenza con le norme superiori);
- le lacune e le antinomie sono concetti dipendenti dall'interpretazione, non solo nel senso banale (ma, come abbiamo visto, talvolta sottaciuto) che per colmare una lacuna o per risolvere una antinomia è necessario l'intervento dell'interprete; ma piuttosto e soprattutto nel senso che la rilevazione di una lacuna e di una antinomia, così come la loro prevenzione e il loro superamento, dipendono in gran parte da attività interpretative. Una (possibile) lacuna può essere fatta magicamente sparire dall'interprete ricorrendo ad un'interpretazione estensiva, così come una antinomia può essere prevenuta ricorrendo all'interpretazione restrittiva. Quantomeno in certa misura, dunque, è l'interprete a decidere che, in un dato caso, si è in presenza di una lacuna o di una antinomia¹⁴;
- le fonti del diritto (la loro individuazione, la loro forza giuridica) sono viste sempre meno come dati oggettivi che si impongono ai giuristi, e sempre più come le risultanti di operazioni in senso ampio interpretative¹⁵; e la stessa gerarchia tra le fonti del diritto, la cui esistenza non solo *influenza* l'attività interpretativa, ma in certa misura *dipende* da certe scelte e costruzioni interpretative¹⁶;
- in definitiva, l'ordinamento giuridico stesso non può che derivare, in un'ultima analisi, dall'interpretazione. Questo è vero già a livello assiomatico, per così dire: infatti, se le norme sono frutto di interpretazione, e se l'ordinamento è un insieme di norme, allora ne segue logicamente che l'ordinamento a sua volta non può che essere frutto di interpretazione. L'ordinamento giuridico ovviamente non esiste *in rerum natura*, ma dipende, in ultima analisi, dalle operazioni di interpretazione e sistematizzazione effettuate dai giuristi¹⁷. Cosa, questa, che oggi sembra perfino banale, ma che per lungo tempo è stata largamente ignorata.

¹² TARELLO 1980, 9 s.

¹³ Per la distinzione tra validità materiale o sostanziale (relativa alle norme) e validità formale (relativa agli atti normativi), v. PINO 2016, cap. 4.

¹⁴ GUASTINI 2011b, capp. XII e XIII; PINO 2021, cap. VII, 2.3.2.

¹⁵ Sulla integrazione tra la teoria delle fonti e la teoria dell'interpretazione, v. RUGGERI 2009, 433 ss.; CARLASSARE 2008, 536-567 (a 538); PASTORE 2014, 37; PINO 2021, 226 ss. (e in generale il cap. VII, sull'interpretazione metatestuale).

¹⁶ BIN 2009, 35-60; PINO 2014.

¹⁷ Significative anticipazioni di questa tesi si possono trovare in BETTI 1971 [1949], 126 (secondo cui «l'ordinamento giuridico [...] è qualcosa che non è, ma si fa [...] proprio per opera assidua di interpretazione», corsivo nell'originale; sfortunatamente, Betti usa questa affermazione, del tutto corretta, per muovere a Kelsen una critica del tutto infondata); ASCARELLI 1959 [1955], 71 s.); CRISAFULLI 1993 [1976], 209 («L'unità dell'ordinamento, in conclusione, non è un 'dato' bell'e e pronto, ma una conquista sempre rinnovantesi, un risultato da conseguire all'atto dell'applicazione del diritto, al quale si perviene necessariamente, passando attraverso l'interpretazione: delle disposizioni da applicare, delle disposizioni prescriventi i modi di risoluzione delle antinomie, delle stesse disposizioni sull'interpretazione del diritto

Tutto ciò, ovviamente, non vuol dire che il diritto – ciò che chiamiamo “diritto positivo”, o “diritto oggettivo” – consista solo di interpretazioni, e che sia interamente creato dagli interpreti. L’interpretazione, propriamente detta, è interpretazione *di qualcosa*, e non libera creazione *ex nihilo*. L’interpretazione parte sempre da un oggetto, e anche se l’interpretazione in qualche modo trasforma – e non può fare a meno di trasformare – l’oggetto interpretato, rendendolo più chiaro, più giusto, più adeguato, ecc., quantomeno dal punto di vista dell’interprete, al termine del processo interpretativo quell’oggetto deve pur sempre restare riconoscibile. Un’interpretazione il cui prodotto non sembri intrattenere alcuna somiglianza con ciò che viene interpretato, non è una buona interpretazione, e forse non è affatto un’interpretazione ma qualcos’altro.

Per questa ragione, una visione del diritto che appiattisse l’intero fenomeno giuridico interamente sull’interpretazione sarebbe riduzionistica e unilaterale tanto quanto una visione del diritto che si concentrasse interamente sulle fonti del diritto ignorando del tutto l’interpretazione. Il diritto è, piuttosto, un insieme di testi normativi, prodotti dalle autorità della produzione (le fonti del diritto prodotte dal “legislatore”) e delle loro interpretazioni, prodotte dagli interpreti e soprattutto da quegli interpreti particolarmente qualificati che sono gli organi dell’applicazione. E questo “insieme”, si noti, non è facile da concettualizzare, non è una mera somma di due elementi distinti: fonti e norme, testi e interpretazioni interagiscono in modi complicati, talvolta arrivando a fondersi in maniera inestricabile in una sorta di fusione o di osmosi tra il linguaggio delle fonti e il linguaggio degli interpreti¹⁸.

E tutto questo è ben colto da Terranova, ad esempio, quando nota che di solito il giurista non opera sul mero significato letterale delle disposizioni, ma piuttosto su una *vulgata*, su un’interpretazione “canonica” fondata su una tradizione ermeneutica consolidata¹⁹: in questi casi, infatti, le interpretazioni consolidate vanno in qualche modo a fondersi con il diritto positivo, diventando essere stesse l’oggetto delle ulteriori attività interpretative dei giuristi. O quando nota, con la consueta finezza, che l’ordinamento «non è un’entità statica, ma si evolve continuamente, tramite gli interventi della giurisprudenza teorica e pratica; non è un prodotto, ma un processo»²⁰.

2. Scetticismo interpretativo?

Giuseppe Terranova qualifica a più riprese la propria posizione teorica come una forma di scetticismo interpretativo, talvolta perfino come uno scetticismo *radicale*²¹.

In linea generale, lo scetticismo interpretativo (di cui lo scetticismo “radicale” rappresenta evidentemente la versione estrema, in alternativa allo scetticismo “moderato”) è una possibile risposta alla domanda se esistano risposte giuste, corrette, vere, ecc. ai problemi interpretativi. Dato un problema interpretativo, la cui forma elementare è “che cosa significa questo testo?”, lo

oggettivo e delle sue fonti. Se è vero, pertanto, in linea di principio, che, per ogni oggetto, la norma validamente applicabile deve essere una sola ed avere un solo significato, è anche vero che possono aversi – in astratto – e si danno effettivamente – in pratica – diverse e discordanti ricostruzioni dell’unità dell’ordinamento, quindi diverse possibili soluzioni delle antinomie che in questo si manifestino, in funzione del diverso significato attribuibile alle varie norme». Più recentemente, v. ALCHOURRÓN 1996, 331-348 (sul “Master System” come frutto di interpretazione del “Master Book”, cioè dell’insieme delle fonti); RATTI 2008; LUZZATI 2016, 309, 355 ss.; MODUGNO 2015, 1-89 (spec. 23-24: «postulare l’unità, la completezza e la coerenza come dati esistenziali significa negare il peso dell’attività ermeneutica nella costruzione dell’ordinamento, ossia intendere quest’ultimo come complesso di norme bell’e fatte precedenti l’attività ermeneutica e non insieme delle norme *risultanti* dall’attività interpretativa»).

¹⁸ Questo accade, in particolare, quando si verifica un orientamento interpretativo talmente consolidato da essere considerato “diritto vivente”. Per una analisi di questo fenomeno, v. GUASTINI 2012, 51-66 (a 58); GUASTINI 2011a, 225; PINO 2019, 437-464 (a 454-457). Più in generale, sulla “entropia” prodotta dai processi interpretativi, BIN 2013.

¹⁹ TERRANOVA 2021, 3, 31.

²⁰ TERRANOVA 2021, 75.

²¹ TERRANOVA 2021, ad es. 19.

scetticismo interpretativo afferma che ad esso non vi è un'unica risposta corretta: o perché la risposta dovrà essere individuata all'interno di un novero di risposte possibili e tra loro sostanzialmente equivalenti (scetticismo moderato), o perché, a ben vedere, *qualunque* risposta va bene.

La cattiva notizia, qui, è che lo scetticismo interpretativo radicale è una posizione insostenibile. La buona notizia, però, è che la posizione di Terranova non è, a ben vedere, una forma di scetticismo interpretativo, né radicale né moderato. Vediamo.

Cos'è lo scetticismo interpretativo radicale. Lo scetticismo interpretativo radicale, o scetticismo estremo, o "creazionismo interpretativo"²², come anticipato poco sopra, sostiene che ogni problema interpretativo ammetta, giuridicamente, qualunque risposta²³: il diritto, per questa posizione teorica, è sempre indeterminato. (Questa posizione può anche ammettere che un'unica risposta giusta non vi sia *quasi mai* – che, in altre parole, l'indeterminatezza del diritto sia un fenomeno assolutamente prevalente, mentre la determinatezza è rara e residuale: una specie di bizzarria, un corvo bianco.) In altre parole, per lo scetticismo radicale è certamente possibile che ad un problema interpretativo vi sia una risposta preferibile alle altre da un punto di vista morale, o politico, o economico – e che dunque da *questi* punti di vista vi possa essere una risposta giusta ai problemi interpretativi. Ed è anche possibile che *di fatto* in una certa cultura giuridica vi sia una convergenza su una specifica risposta a qualche problema interpretativo. Tuttavia, per lo scetticismo interpretativo, resta il fatto che *dal punto di vista del diritto* non vi è mai, o quasi mai, un'unica risposta giusta ai problemi interpretativi.

In particolare, per lo scetticismo interpretativo radicale non c'è mai una risposta giuridicamente giusta, e peraltro nemmeno una risposta giuridicamente sbagliata, a un problema interpretativo: esistono solo interpretazioni possibili, senza particolari limiti di ammissibilità, o quantomeno senza limiti *giuridici* di ammissibilità, a ciò che possa contare come interpretazione possibile: dal punto di vista del diritto, ogni interpretazione potrebbe andar bene. Tra le interpretazioni possibili, poi, vi sono le interpretazioni che sono effettivamente adottate dagli organi dell'applicazione, il cui criterio di "verità" è semplicemente, e tautologicamente, il fatto di essere state adottate da un soggetto giuridicamente autorizzato a decidere controversie o comunque ad applicare il diritto: secondo i sostenitori dello scetticismo radicale, il fatto che anche un'interpretazione all'apparenza "sbagliata" possa diventare giuridicamente definitiva (passando in giudizio), dimostra che l'unico criterio di "verità" per una interpretazione giuridica consiste nel fatto di essere stata adottata da un organo dell'applicazione.

Le tradizionali e diffuse tecniche dell'interpretazione giuridica, secondo i sostenitori dello scetticismo radicale, non hanno alcun valore normativo o direttivo nei confronti degli interpreti; piuttosto, sono solo strategie retoriche per rendere più accettabili all'uditorio rilevante (le parti in causa, i giudici di istanza successiva, la cultura giuridica, altri organi statali, l'opinione pubblica generale) decisioni interpretative che sono adottate, in realtà, sulla base delle considerazioni più svariate (opportunismo politico, convinimenti morali, pregiudizi ideologici, simpatie personali, reazioni istintive, problemi digestivi...).

Come accennato poco sopra, sono certamente possibili, per lo scetticismo radicale, interpretazioni ricorrenti, perfino interpretazioni consolidate; ed è certamente possibile che certe interpre-

²² Il termine "creazionismo" ha recentemente assunto una certa popolarità al fine di designare, e criticare, una posizione che fonde lo scetticismo interpretativo (ossia la tesi che il giudice ha una libertà interpretativa pressoché completa) e l'idea che la giurisprudenza sia fonte del diritto (si può peraltro dubitare che una posizione che sostenga contemporaneamente queste due tesi sia concettualmente coerente). In proposito, e in chiave critica, FERRAJOLI 2016, 23-43; FERRAJOLI 2018; LUCIANI 2019, 16-43.

²³ Per alcuni modi di articolare questa tesi: SACCO 2003 [1947], 72, 115 s., 163 s.; SACCO 2012, 609, 624; TARELLO 1980; TUSHNET 1983, 821-824; MONATERI 1998, 189-206; SCHLAG 1999, 381-389; TROPER 1999, 473-494; MILLARD 2009 [2006], 92-95.

tazioni strampalate, folli, irragionevoli non vengano, di fatto, mai adottate da alcun organo dell'applicazione. Ma, per lo scetticismo, questo non dimostra che gli organi dell'applicazione condividano e rispettino criteri di correttezza delle interpretazioni. Piuttosto, quando si consolida una certa interpretazione, o quando vengono evitate interpretazioni irragionevoli, ciò accade per ragioni totalmente contingenti, sociologiche e comunque extragiuridiche: come il conformismo dei giuristi e degli organi dell'applicazione, o la pressione esercitata dal contesto politico e istituzionale (ad es., la presenza di un altro organo politico che potrebbe reagire in un certo modo ad una decisione interpretativa aberrante, o solo fortemente innovativa); derivare, dal *fatto* del conformismo degli interpreti, l'esistenza di soluzioni *giuridicamente* corrette sarebbe, agli occhi di un sostenitore dello scetticismo interpretativo, una indebita transizione dal mondo dei fatti al mondo dei valori (una violazione della legge di Hume).

La tesi dello scetticismo radicale ha importanti conseguenze sul tema delle lacune del diritto, e sulla distinzione tra interpretazione e creazione da parte degli interpreti. Per lo scetticismo radicale, infatti, le lacune del diritto a ben vedere non “esistono”: non tanto perché il diritto di per sé sia completo, quanto perché una lacuna non è semplicemente “lì”, che aspetta di essere scoperta dall'interprete – è l'interprete che “trova” una lacuna quando così gli aggrada. Le lacune del diritto, da questo punto di vista, sono un espediente, una mera figura retorica creata dagli interpreti al fine di porre in essere attività manipolative del diritto positivo (ad esempio, decidere casi in base ad analogie o applicando principi); e comunque ogni caso – non solo quelli “lacunosi” ma anche quelli apparentemente regolati – richiede all'interprete di svolgere un'attività decisoria e in ultima analisi creativa, il che priva il problema delle lacune di ogni rilevanza pratica²⁴. Questo è collegato, evidentemente, alla distinzione tra interpretazione e creazione – una distinzione che per lo scetticismo radicale è in realtà priva di significato: ogni atto di interpretazione è sempre e inevitabilmente anche creativo, l'interprete non può mai fare a meno, anche quando è alle prese con la più semplice delle interpretazioni testuali, di innovare il diritto preesistente²⁵.

Perché lo scetticismo radicale è insostenibile. Lo scetticismo interpretativo radicale è, a ben vedere, una posizione implausibile. Questa posizione, in effetti, si risolve in una esagerazione del ruolo (e della presenza) del dubbio interpretativo nel diritto, esagerazione che sembra piuttosto lontana dalla percezione diffusa di come il diritto funziona quotidianamente: in effetti, è difficile dubitare che tantissime norme giuridiche vengano quotidianamente seguite dai cittadini e applicate dagli organi dell'applicazione senza che ciò dia adito, o si accompagni, a particolari controversie interpretative. Da questo punto di vista, la tesi difesa dallo scetticismo radicale appare come una generalizzazione indebita a partire da contesti in cui è effettivamente osservabile una notevole presenza di dubbi e disaccordi interpretativi, come ad esempio le controversie che arrivano all'attenzione delle giurisdizioni superiori²⁶. Ora, le controversie interpretative di questo tipo sono estremamente interessanti e offrono parecchio materiale per una riflessione teorica sull'interpretazione; ma certamente non possono essere considerate come una rappresentazione accurata del funzionamento del diritto in generale²⁷. E peraltro, neanche l'osservazione della pra-

²⁴ Per un esempio della posizione scettica su questo punto, GUASTINI 2011a, 161, 224 (per lo più non esistono lacune in senso proprio, ma solo lacune “assiologiche”).

²⁵ Per lo scetticismo radicale «non si può tracciare una distinzione netta tra legislazione e giurisdizione» (GUASTINI 1997, 38).

²⁶ Talvolta si adduce a riprova dello scetticismo interpretativo il fatto che sempre, in giudizio, si trovano contrapposte due diverse tesi interpretative, proposte dalle parti. Tuttavia, oltre al fatto già notato che la semplice esistenza di più tesi interpretative non rende di per sé tali tesi tutte parimenti accettabili, e tantomeno tutte parimenti corrette, è da notare anche che non sempre le parti in giudizio controvertono su questioni strettamente interpretative. Spesso, la controversia riguarda solo i fatti di causa. In questi casi si dovrebbe forse concludere che il diritto è, di per sé, determinato?

²⁷ Per osservazioni di questo tipo, KRAMER 2007, 16 s.; LEITER 2009, 1215-1250.

tica delle corti (superiori o meno) sembra propriamente giustificare la tesi scettica radicale che l'interpretazione possa attribuire sempre *qualunque* significato ai testi interpretati.

Un'ulteriore debolezza dello scetticismo radicale consiste nella sua pretesa di dimostrare l'assenza di soluzioni giuste ai problemi interpretativi in base alla circostanza che qualunque soluzione interpretativa adottata da un organo dell'applicazione è giuridicamente vincolante, e (con l'eventuale passaggio in giudicato della sentenza che contiene quella interpretazione) perfino definitiva. Questo argomento però confonde due questioni che, pur effettivamente compresenti nell'interpretazione giuridica, sono tuttavia concettualmente distinte: una è la questione se un certo organo dell'applicazione abbia preso una certa decisione; l'altra è la questione se tale decisione abbia correttamente interpretato e applicato il diritto vigente. La prima è una questione di forma, o di procedura; la seconda è una questione di sostanza, o di merito. (In termini kelseniani: la prima è una questione di autorizzazione "dinamica" conferita dal diritto all'organo dell'applicazione affinché produca una norma individuale; la seconda è una questione di derivazione "statica" della decisione individuale da una norma generale.) Ora, sembra che lo scetticismo radicale sia disposto ad applicare il proprio scetticismo solo alle questioni del secondo tipo, e non anche alle questioni del primo tipo.

Infatti, per lo scetticismo radicale, una interpretazione conta come "giuridica" solo se è presa da un organo dell'applicazione, mentre il contenuto di quella interpretazione è indifferente (per lo scetticismo radicale, essa potrebbe avere qualunque contenuto). Ma questo è incoerente. Come è ovvio, infatti, non qualsiasi decisione può contare come "decisione di un organo dell'applicazione": un organo dell'applicazione decide in base a regole procedurali, e una decisione conta come decisione di un organo dell'applicazione solo se è adottata dal soggetto appropriato, nel contesto appropriato, con le formalità e le procedure appropriate. E tutte queste cose, ovviamente, sono disciplinate da norme giuridiche. Ebbene, per uno scettico radicale che sviluppi coerentemente gli assunti del proprio discorso, anche le norme di procedura (incluse quelle che regolano la competenza dei diversi organi dell'applicazione) dovrebbero essere esposte alla stessa indeterminatezza interpretativa che affligge le norme sostanziali. Dunque, anche *queste* norme sarebbero totalmente indeterminate e di fatto letteralmente inventate, caso per caso, dagli organi dell'applicazione: con la conseguenza che sarebbero radicalmente indeterminate anche le norme sulla base delle quali è possibile qualificare una certa azione di un soggetto X come "decisione di un organo dell'applicazione" (anziché come "stesura da parte di X di una lista della spesa"), e anche le norme sulla base delle quali è possibile *l'individuazione stessa* degli organi dell'applicazione.

In altri termini: se un organo dell'applicazione è tale perché è istituito da norme giuridiche e decide secondo procedure regolate da norme giuridiche, e se le norme giuridiche (incluse quelle di competenza e procedura) sono sempre indeterminate, allora è indeterminata anche la risposta alla domanda "quali sono gli organi dell'applicazione?", e ciò fa collassare la tesi fondamentale dello scetticismo radicale, secondo cui il diritto è ciò che è deciso dagli organi dell'applicazione. Pertanto, se ne dovrebbe concludere che per lo scetticismo radicale non esiste alcun modo per verificare neanche la correttezza *formale*, e non solo quella sostanziale, della decisione di un organo dell'applicazione (a meno di postulare, in maniera un po' improbabile, che l'indeterminatezza colpisca solo le norme sostanziali, e non anche quelle procedurali e di competenza). In ultima analisi, visto che gli organi dell'applicazione non solo applicano il diritto, ma sono anche *istituiti* dal diritto, e adottano decisioni seguendo procedure giuridiche, per lo scettico radicale l'unico modo di individuare un organo dell'applicazione e le sue decisioni dovrebbe consistere nel fidarsi ciecamente di chi affermi di esserlo. Se preso alla lettera, lo scetticismo radicale è autodistruttivo.

In sintesi, l'implausibilità dello scetticismo radicale deriva da una lettura distorta di un fenomeno che è effettivamente presente nel diritto, e che è tutt'altro che banale: nel diritto, a certe condizioni, una decisione di un organo abilitato può produrre effetti propriamente giuridici anche se è stata adottata in maniera irregolare (ad esempio, sulla base di una interpretazione eterodossa, "creativa",

“sorprendente”, “erronea”, ecc.)²⁸. Tuttavia, questo fenomeno non prova, *di per sé*, che non esistano criteri per valutare la correttezza o la scorrettezza di quella decisione sul piano sostanziale. Che un arbitro abbia deciso una partita di calcio assegnando un rigore per un fallo di mano “che non c’era”, non vuol dire che la regola sul fallo di mano non esista. Del resto, questo è un fenomeno che nel diritto è presente in maniera ricorrente e trasversale: ad esempio, una legge può essere valida e applicabile, anche se il suo contenuto è contrario alla Costituzione²⁹; e per privarla di giuridicità sarà necessaria una sentenza di accoglimento da parte della Corte costituzionale (che peraltro potrebbe a sua volta “sbagliare” nell’applicare i principi costituzionali rilevanti). Ma questo, *di per sé*, non vuol dire che i principi costituzionali non esistano, o che abbiano qualunque possibile contenuto, fino a quando non sia intervenuta la Corte costituzionale ad applicarli; e non vuol dire che il contrasto tra legge e Costituzione non vi fosse anche prima che la Corte costituzionale si pronunciasse al riguardo. Al contrario, è del tutto sensato argomentare che quella legge fosse contraria a Costituzione anche prima della pronuncia della Corte costituzionale, o anche in presenza di una decisione della Corte che abbia “salvato” quella legge.

Perché Terranova non è uno scettico. Se la ricostruzione dello scetticismo interpretativo radicale qui sopra abbozzata è corretta, allora è piuttosto difficile considerare Giuseppe Terranova uno scettico radicale, nonostante egli stesso si qualifichi così³⁰. Infatti, Terranova nota che se è vero che l’interpretazione apporta un contributo creativo, si tratta di una creatività in un senso molto qualificato³¹; che esistono significati consolidati in via interpretativa, grazie a “tradizioni ermeneutiche”, che semplicemente non possono essere ignorati né scartati dagli interpreti; che non è giustificata la ricerca, da parte degli interpreti, della giustizia del caso concreto³²; che il diritto può ben essere indeterminato, ma solitamente si tratta di una indeterminatezza “parziale”, che si accompagna dunque a zone di determinatezza dei significati³³; e che dunque esistono risposte corrette ai problemi interpretativi, o soluzioni «oggettivamente migliori di altre», determinate dal contesto di riferimento e dal consenso intersoggettivo dei giuristi³⁴.

Tutte queste, si noti non sono affatto tesi scettiche – né radicali, né moderate – ma piuttosto tesi qualificanti dell’*oggettivismo interpretativo*: la posizione secondo cui, a ben vedere, esistono risposte corrette ai problemi interpretativi, quantomeno in alcuni casi (oggettivismo interpretativo moderato)³⁵. Personalmente ritengo che l’oggettivismo moderato sia esattamente la posizione più corretta in teoria dell’interpretazione³⁶: la posizione che meglio renda conto della dinamica dell’interpretazione giuridica per come di fatto la conosciamo e la vediamo praticata, superando allo stesso tempo i limiti da cui sono affette le posizioni rivali. E a renderla la posizione più corretta sono *anche* considerazioni del tenore di quelle finemente indicate da Terranova.

E così, dietro quello che in fin dei conti è un dissenso solo terminologico, trovo conforto nel sentirmi ancora una volta in sintonia, nella sostanza dei problemi, con l’autorevole Maestro che qui stiamo, purtroppo tardivamente, onorando.

²⁸ HART 1994 [1961], 141-147; KRAMER 2007, 21-25 (sulla confusione tra “correttezza” e “definitività” della sentenza); CELANO 2017 (sul “paradosso della nomodinamica”).

²⁹ Più precisamente, la legge dell’esempio è dotata di validità “formale”, ma non anche di validità “sostanziale” (su queste nozioni, PINO 2016, cap. 4). Per una analisi approfondita del fenomeno descritto nel testo, v. CELANO 2002, 101-142.

³⁰ TERRANOVA 2021, 19 (ma occorre precisare, ad onor del vero, che lo stesso Terranova si mostra dubbioso sulla appropriatezza di questa qualifica).

³¹ TERRANOVA 2021, 12.

³² TERRANOVA 2021, 128 s.

³³ TERRANOVA 2021, 53, 94.

³⁴ TERRANOVA 2021, 164, 171.

³⁵ Secondo l’oggettivismo interpretativo radicale, invece, esistono sempre, o quasi sempre, risposte corrette ai problemi interpretativi. Per una presentazione di queste posizioni, PINO 2021, 72 ss.

³⁶ Per una argomentazione più dettagliata in proposito, v. PINO 2021, 90 ss.

Riferimenti bibliografici

- ALCHOURRÓN C. 1996. *On Law and Logic*, in «Ratio Juris», 9, 1996, 331 ss.
- ALCHOURRÓN C., BULYGIN E. 2005. *Sistemi normativi*, Giappichelli (1971).
- ALEXY R. 1998. *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè (1978).
- ASCARELLI T. 1959. *Norma giuridica e realtà sociale*, in ID., *Problemi giuridici*, Giuffrè (1955).
- BARBERIS M. 2014. *Introduzione allo studio del diritto*, Giappichelli.
- BARBERIS M. 2017. *Una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale*, Giappichelli.
- BARCELLONA P. (ed.) 1973. *L'uso alternativo del diritto*, 2 voll., Laterza.
- BETTI E. 1971. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè (1949).
- BIN R. 2009. *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (eds.), *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, vol. I: *Delle fonti del diritto*, Jovene, 35 ss.
- BIN R. 2013. *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva "quantistica"*, FrancoAngeli.
- BOBBIO N. 1993. *Teoria generale del diritto*, Giappichelli.
- BOBBIO N. 1996. *Il positivismo giuridico*, Giappichelli (1961).
- CARLASSARE L. 2008. *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. II, t. 2, 536 ss.
- CELANO B. 2002. *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*, in BASCIU M. (ed.), *Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione tra Stato e società internazionale*, Giuffrè, 101 ss.
- CELANO B. 2017. *Due problemi aperti della teoria dell'interpretazione giuridica*, Mucchi.
- CRISAFULLI V. 1993. *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, Cedam (1a ed. 1976).
- DWORKIN R. 1986. *Law's Empire*, Harvard University Press.
- DWORKIN R. 1994. *Law, Philosophy and Interpretation*, in «ARSP», 80, 1994, 463 ss.
- FERRAJOLI L. 2013. *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza.
- FERRAJOLI L. 2016. *Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale*, in «Ars interpretandi», 2, 2016, 23 ss.
- FERRAJOLI L. 2018. *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi.
- GUASTINI R. 1997. *Enunciati interpretativi*, in «Ars interpretandi», 2, 1997, 35 ss.
- GUASTINI R. 2011a. *Interpretare e argomentare*, Giuffrè.
- GUASTINI R. 2011b. *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè.
- GUASTINI R. 2012. *Manifesto di una filosofia analitica del diritto*, in «Rivista di filosofia del diritto», 2012, 51 ss.
- HART H.L.A. 1994. *The Concept of Law*, Clarendon Press (1961).
- JORI M., PINTORE A. 2014. *Introduzione alla filosofia del diritto*, Giappichelli.
- KELSEN H. 1952. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi (1934).
- KELSEN H. 1990. *La dottrina pura del diritto*, Einaudi (1960).
- KRAMER M. 2007. *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge University Press.
- LEITER B. 2009. *Explaining Theoretical Disagreement*, in «University of Chicago Law Review», 76, 2009, 1215 ss.
- LIPARI N. 2008. *Le fonti del diritto*, Giuffrè.

- LUCIANI M. 2019. *L'errore di diritto e l'interpretazione della norma giuridica*, in «Questione giustizia», 3, 2019, 16 ss.
- LUZZATI C. 1993. *Teoria e metateoria dell'interpretazione giuridica*, in «Sociologia del diritto», 2, 1993, 7 ss.
- LUZZATI C. 2016. *Del giurista interprete*, Giappichelli.
- MACCORMICK N. 1978. *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon.
- MERKL A. 1987. *Sul problema dell'interpretazione*, in ID., *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Giuffrè, 255 ss. (1916).
- MILLARD E. 2009. *Teoria generale del diritto*, Giappichelli (2006).
- MODUGNO F. 2015. *Ordinamento, Diritto, Stato*, in ID. (ed.), *Diritto pubblico*, Giappichelli, 1 ss.
- MONATERI P.G. 1998. «Correct Our Watches by the Public Clocks». *L'assenza di fondamento dell'interpretazione del diritto*, in DERRIDA J., VATTIMO G. (eds.), *Diritto, giustizia e interpretazione*, Laterza, 189 ss.
- NINO C.S. 1996. *Introduzione all'analisi del diritto*, Giappichelli (1980).
- PASTORE B. 2014. *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Cedam.
- PINO G. 2014. *Interpretazione e "crisi delle fonti"*, Mucchi.
- PINO G. 2016. *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, ETS.
- PINO G. 2019. *L'isola che non c'è. Il positivismo giuridico secondo Riccardo Guastini*, in CHIASSONI P., COMANDUCCI P., RATTI G.B. (eds.), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, vol. II, Marcial Pons, 437 ss.
- PINO G. 2021. *L'interpretazione nel diritto*, Giappichelli.
- POSNER R. 1987. *The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987*, in «Harvard Law Review», 100, 1987, 761 ss.
- RATTI G.B. 2008. *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Giappichelli.
- ROSS A. 1990. *Diritto e giustizia*, Einaudi (1958).
- RUGGERI A. 2009. *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in ID., «Itinerari» di una ricerca sul sistema delle fonti, XII, Giappichelli, 433 ss.
- SACCO R. 2003. *Il concetto di interpretazione del diritto*, Giappichelli (1947).
- SACCO R. 2012. *Interpretazione del diritto*, in *Digesto IV edizione. Discipline privatistiche - sezione civile*, Agg. 7.
- SCHLAG P. 1999. *No Vehicles in the Park*, in «Seattle University Law Review», 23, 1999, 381 ss.
- TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, Giuffrè.
- TERRANOVA G. 2021. *Il ragionamento giuridico*, Giuffrè.
- TROPER M. 1999. *Una teoria realista dell'interpretazione*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, 1999, 473 ss.
- TUSHNET M. 1983. *Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles*, in «Harvard Law Review», 96, 1983, 781 ss.
- VIOLA F., ZACCARIA G. 1999. *Diritto e interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, Laterza.
- WRÓBLEWSKI J. 1972, *L'interprétation en droit: théorie et idéologie*, in «Archives de philosophie du droit», 17, 1972, 51 ss.

RECENSIONI

TEMPI E LUOGHI DELLA PENA. CARCERE E DINTORNI

(A PROPOSITO DI STEFANO ANASTASIÀ,
LE PENE E IL CARCERE)

ANTONINO **AZZARÀ**



Tempi e luoghi della pena. Carcere e dintorni
(a proposito di Stefano Anastasia, *Le pene e il carcere*)

Times and places of punishment. The prison and its surroundings

ANTONINO AZZARÀ

Dottorando di Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi
Roma Tre.

E-mail: antonino.azzara@uniroma3.it

ABSTRACT

Il discorso sulle pene e il carcere si concentra principalmente sulle loro realtà fattuali o normative, astruendo l'oggetto della discussione dal contesto materiale e simbolico in cui le norme vengono prodotte e applicate. In questo contributo si cerca di mettere in evidenza gli aspetti del libro di Stefano Anastasia (*Le pene e il carcere*, Mondadori, 2022) che restituiscono trasversalità a questo discorso, in una tensione continua tra il potere punitivo, le sue finalità e i suoi limiti.

The discourse on punishments and the prison focuses mainly on their factual or normative realities, abstracting the object of discussion from the material and symbolic context in which the norms are produced and applied. In this contribution, an attempt is made to highlight aspects of Stefano Anastasia's book (*Le pene e il carcere*, Mondadori, 2022) that restores transversality to this discourse, in a continuous tension between punitive power, its aims, and its limits.

KEYWORDS

carcere, pene, populismo, sicurezza, democrazia

prison, punishments, populism, security, democracy

Tempi e luoghi della pena. Carcere e dintorni

(a proposito di Stefano Anastasia, *Le pene e il carcere*)

ANTONINO AZZARÀ

Il carcere, in quanto spazio chiuso per eccellenza, è spesso concepito come un microcosmo sociale a sé stante, separato dal resto del mondo. Il libro di Stefano Anastasia, intitolato *Le pene e il carcere*¹, ne restituisce invece una dimensione trasversale, inserendolo nel contesto sociopolitico che lo circonda, dando conto delle culture e delle retoriche che lo attraversano e che incidono su di esso, trasformandolo nel suo tempo e nei suoi spazi. Quando si parla di pene e di carcere, giova sempre ricordarlo, si parla di converso di libertà, dunque di diritti e di democrazia. Non a caso il libro si inserisce nella collana *Lessico demografico*, diretta per Mondadori da Manuel Anselmi. In questa prospettiva, il libro rappresenta una lanterna che mette in luce i tanti fili altrimenti invisibili che legano le pene e il carcere ai contesti in cui le norme vengono prodotte e applicate, svelandone le retoriche, la cultura e i disegni politici sottesi e disattesi.

L'opera di chiarificazione inizia già dal primo capitolo, il quale ci fornisce una ridefinizione del concetto di pena che è in grado di cogliere ciò che resta al netto dei suoi scopi e dei suoi limiti costituzionali. La pena, messa al banco di prova dell'ordine lessicografico e della realtà che vive dentro e fuori il carcere, si rivela nella sua essenza come somministrazione di sofferenza. Se da un lato vi è la concezione formale della pena come sanzione, quale conseguenza programmata derivante dalla violazione di una norma giuridica², dall'altro abbiamo la sua dimensione sostanziale, quale inflizione eteronoma di sofferenza, finalizzata a rinsaldare un ordine di valori e/o una gerarchia di poteri. Ne deriva una definizione di pena legale come «quel particolare tipo di sofferenza indotta intenzionalmente da un'autorità a ciò formalmente delegata, a tutela di valori legalmente individuati e/o della gerarchia di poteri vigente nell'ordinamento sociale di cui è espressione» (6). Così, la pena viene ricondotta alla sua essenza, spogliata dei suoi scopi e dei suoi limiti costituzionali che si rivelano essere controfattuali, accessori rispetto ad essa, edulcoranti che ci consentono di somministrare il *Pharmakon* della sofferenza in apparente conformità rispetto all'imperativo kantiano dell'uomo come fine a sé stesso.

Questa costruzione concettuale rappresenta una chiave di lettura fondamentale alla comprensione degli argomenti trattati in seguito, a partire dall'analisi dell'andamento dei tassi di detenzione diffusi nel mondo, in Europa e in Italia. A fronte di una popolazione mondiale detenuta di quasi undici milioni di persone³ (se la popolazione detenuta costituisse uno Stato sarebbe al 86° posto per numero di abitanti e, aggiungo, considerando le particolari "unità abitative", di certo al primo posto per densità), ci si chiede cosa è che determina questa domanda spasmodica di penalità. Per dare una risposta a questa domanda vengono scrutati gli apparati simbolici che alimentano questo flusso, senza tralasciare i fattori materiali utili a contestualizzare i dati statistici all'interno del quadro sociopolitico che va dal secondo dopoguerra ad oggi. In quella che può definirsi un'eziologia delle metamorfosi penitenziarie, Anastasia restituisce complessità al fenomeno della *incarcerazione di massa*, rileggendo in chiave dialogica le teorie naturalistiche, normativistiche ed ecologiche che rispettivamente riducono il fenomeno criminale alla mera criminalità reale, a quella selezionata dalle scelte della politica criminale o a un fatto determina-

¹ Si segnala che ogni riferimento alle pagine tra parentesi è da ricondursi al volume recensito: Stefano Anastasia, *Le pene e il carcere*, Mondadori, Milano 2022 (ANASTASIA 2022).

² BOBBIO 1969.

³ La *World Prison Population List* riporta che, all'inizio di ottobre 2021, la popolazione detenuta era stimata in 10.771.204 persone, con un rapporto di 140 detenuti ogni 100mila abitanti (FAIR, WALMSLEY 2021).

to dall'ambiente in cui si consuma, perché «ciascuna delle diverse tipologie ha un suo nucleo di verità che tende a dileguarsi man mano che si assolutizza» (34). A questa considerazione segue una definizione che cerca di tenere insieme le tre tipologie:

«Al contrario, sul sistema di giustizia penale si riversa il prodotto della interazione di tre aree di fenomeni materiali e simbolici, due compiutamente esterne a esso, l'altra che, invece, ne è in qualche modo costitutiva. Si tratta del rapporto tra sistema demografico e sistema economico, di quello tra decisione e opinione pubblica e, infine, dell'area costituita dai fatti sociali definiti dalla legge come penalmente devianti, la criminalità reale» (36).

Questa prospettiva tridimensionale consente di analizzare limpidamente le ricadute che le politiche securitarie implementate dall'uso populista del diritto e della giustizia penale hanno sulle politiche criminali e sulla qualità della democrazia. Il libro ci racconta di due crisi di ordine politico, distinte ma tra loro convergenti: una è la crisi del sistema politico istituzionale che cerca legittimazione mediante le facili ricette dello strumento penalistico per colmare la penuria di consenso politico in cui versa; l'altra è quella del tracollo del sistema penitenziario, frutto delle politiche penali implementate in risposta alla prima. Si delinea il profilo di una domanda incessante di sicurezza che Anastasia, citando Bauman⁴, riconduce a quell'ansia di libertà che, nella società post-moderna, con un'inversione di paradigma rispetto all'epoca precedente, «ha indotto gli individui a inseguirla, causando una nuova penuria, questa volta di sicurezza» (49).

La qualità della libertà, e quindi della democrazia, ha un nesso inscindibile con la qualità e la quantità delle leggi penali. Secondo Montesquieu, la «libertà politica consiste in quella tranquillità di spirito che proviene dalla convinzione che ognuno ha della propria sicurezza» ed «è dunque dalla bontà delle leggi penali che dipende principalmente la libertà del cittadino»⁵. Con la sua funzione preventiva di difesa sociale, generale e speciale, lo strumento penale si presta in modo efficace alla retorica discorsiva del Noi contro Loro che, nella prospettiva politica populista, «entra dentro l'equilibrio democratico e gli muta forma, rinnovando lo schmittiano conflitto politico per eccellenza» (65). La visione unitaria del popolo, alla quale il populismo rimanda, squalifica le minoranze e tutto ciò che non si conforma ad un'idea granitica di popolo per cultura, identità, etnia, credenze religiose e politiche. Un diritto penale la cui funzione viene distorta rispetto a quelle tipiche del diritto penale liberale e che si presta a mero strumento volto all'ottenimento del consenso per favorire non tanto il governo contro il crimine, ma attraverso il crimine⁶. Invero, si tratta di un consenso fugace, che ha bisogno di impulsi continui per mantenersi vivo. È una strada che porta a derive patologiche della democrazia. Luigi Ferrajoli⁷ ha parlato a questo proposito di regimi *demo-consensuali*, ovvero di *demo-astenie*, con riguardo alla tendenza dei cittadini a aderire passivamente alla vita politica o ad astenersene.

Le facili ricette dello strumentario penale prestato alla politica non hanno solo ricadute sul piano simbolico ma anche su quello reale, come avviene ad esempio all'interno del carcere e quindi sulla vita delle migliaia di persone ivi rinchiusi. Se l'uso populista del diritto e della giustizia penale tende ad estremizzare il potere punitivo, si rinviene un argine a questa smisuratezza in quella giurisprudenza umanitaria che, a cavallo della prima decade del nuovo secolo, negli Stati Uniti come in Francia, Germania e infine in Italia ha conferito valore al limite invalicabile del rispetto della dignità umana nell'esecuzione penale⁸. A fronte del fallimento del welfare state

⁴ BAUMAN 1969.

⁵ MONTESQUIEU 1965.

⁶ SIMON 2008.

⁷ FERRAJOLI 2018.

⁸ Tra le pronunce più significative che hanno tracciato questa corrente si segnalano, oltre alla sentenza *Torreggiani et al. c. Italia* del 2013, le sentenze *Brown v. Plata et al.* negli Stati Uniti e la sentenza 1 BvR 409/09 - 22/02/2011 della Corte costituzionale tedesca con cui si è affermato che laddove lo Stato non sia in grado di assicurare che l'esecuzione della pena avvenga nel rispetto della dignità umana, questa deve essere interrotta. Marco Ruotolo (RUOTOLO 2002 e RUOTOLO 2011) individua un'origine di questa corrente già nella sentenza n. 343 del 20/07/1993

e di politiche non più economicamente sostenibili per attuare quella finalità rieducativa prodromica al reinserimento sociale dei condannati, non resta che preservare l'imperativo categorico del divieto di trattamenti inumani per mantenere l'esecuzione della pena nell'alveo della legalità. In questo senso, la riscoperta dei diritti dei detenuti «non ha sancito la fine dell'incarcerazione di massa, ma ha testimoniato la sua inconciliabilità con i fondamenti della tradizione giuridica e politica occidentale» (103).

Nel panorama penitenziario italiano restano aperte tre questioni cruciali indicative della tensione tra la tutela dei diritti e la privazione della libertà: la tutela della salute in carcere; la sopravvivenza dell'ergastolo; la violenza istituzionale. Sono questioni che ci interrogano circa la giustificazione del diritto penale secondo il paradigma del diritto penale minimo⁹, al fine di non «[perdere] di vista la necessità del diritto penale [come] potere giuridico di contenimento»¹⁰ che si contrappone al potere di punire. I tre temi vengono affrontati dall'Autore in profondità e con cristallina chiarezza nell'individuare i nodi problematici da sciogliere. La questione della tutela del diritto alla salute, in maniera particolare, estremizza questa scollatura: «fino a che punto è lecito esercitare il potere di punire o comunque di privare della libertà [...] un essere umano quando esso si configuri come un danneggiamento delle sue condizioni di salute e del suo benessere psico-fisico?» (126). L'ergastolo e l'ergastolo ostativo sono compatibili con i principi del diritto penale liberale elaborati a partire dal pensiero illuminista? Se collaborare con la giustizia rappresenta un primo passo verso la rieducazione a cui la pena deve tendere, bisogna constatare che il divieto di trattamenti inumani resta valido anche a prescindere dalla finalità rieducativa, non essendo comunque ammesse nel nostro ordinamento le pene consistenti in trattamenti inumani. Se consideriamo che il presupposto della privazione della libertà è innanzitutto la coazione fisica, l'istituzione penitenziaria è per definizione un'istituzione violenta. Ma al di là della debole demarcazione tra legittimità e illegittimità della violenza, ci si chiede come sia possibile che, come testimonia la tragica repressione avvenuta nel carcere di Santa Maria Capua Vetere nell'aprile del 2020, centinaia di agenti della polizia penitenziaria abbiano potuto commettere metodicamente degli abusi sui detenuti sotto l'occhio acceso delle videocamere di sorveglianza, facendo trasparire un inquietante senso di impunità per quanto stavano compiendo. Ne risulta un quadro in cui la cultura professionale della polizia penitenziaria viene avallata da una certa subordinazione della politica rispetto ad essa. Se ne tracciano analiticamente le argomentazioni di fondo a partire da quelle spese in Parlamento nel tentativo di impedire l'introduzione del reato di tortura nel nostro codice penale.

In chiusura troviamo una riflessione intorno a ciò che resta della pena dopo la sua fine. Una domanda cruciale, «un banco di prova decisivo nella valutazione della penalità in concreto e della sua corrispondenza con i suoi presupposti legali e le sue pretese normative» (174), aiutandoci così a non dimenticare ciò che rimane della pena anche dopo che è stata scontata. La pena è quello che si propone di essere al di là delle lenti deontologiche del diritto: patimento, afflizione, dolore, sofferenza, agonia. Questo libro non solo ci permette di lanciare uno sguardo all'interno del mondo delle pene e del carcere, ma ci consente di passarci attraverso: dall'esterno verso l'interno e di nuovo fuori, restituendo speranza a quel tempo di vita non vissuto in una porzione di spazio sospesa nel tempo.

con cui la Corte costituzionale ha conferito valenza di parametro di verifica della legittimità dell'ordinamento penitenziario al fino ad allora negletto principio di umanità.

⁹ FERRAJOLI 1989.

¹⁰ ZAFFARONI 2017.

Riferimenti bibliografici

- BAUMAN Z. 1969. *La società dell'incertezza*, il Mulino.
- BOBBIO N. 1969. *Sanzione*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XVI, UTET, 530 ss.
- FAIR H., WALMSLEY R. 2021. *World Prison Population List (thirteenth edition)*, ICPR.
- FERRAJOLI L. 1989. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza.
- FERRAJOLI L. 2018. *Democrazia e populismo*, in «Rivista AIC», 3, 515 ss.
- MONTESQUIEU 1965. *De l'Esprit des lois* (1748; trad. it., *Lo spirito delle leggi*, a cura di S. Cotta, Utet).
- RUOTOLO M. 2002. *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Giappichelli.
- RUOTOLO M. 2011. *Dignità e carcere*, Editoriale Scientifica.
- SIMON J. 2008. *Governing through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, Oxford University Press (trad. it. a cura di A. De Giorgi, *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, Raffaello Cortina Editore, 2008).
- ZAFFARONI R.E. 2017. *Derecho penal humano*, Hammurabi.

RATIO DECIDENDI

a cura di GAETANO CARLIZZI e GIORGIO PINO

ANALISI E VALUTAZIONE DELL'ARGOMENTAZIONE GIUDIZIALE

UN MODELLO E LA SUA APPLICAZIONE
ALLA SENTENZA SEZ. UN. CIV., 09/09/2021,
N. 24414, IN MATERIA DI ESPOSIZIONE DEL
CROCIFISSO NELLE AULE SCOLASTICHE

MANUEL **ATIENZA**
GIOVANNI **BLANDO**



Analisi e valutazione dell'argomentazione giudiziale.

Un modello e la sua applicazione alla sentenza Sez. Un. civ., 09/09/2021, n. 24414, in materia di esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche

Analysis and evaluation of the judicial argumentation.

A model and its application to decision no. 24414/2021 of the Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, on the crucifix exhibition in the classrooms

MANUEL ATIENZA

Professore Emerito di Filosofia del Diritto, Facultad de Derecho, Universidad de Alicante.

E-mail: manuel.atienza@ua.es

GIOVANNI BLANDO

Ricercatore di Filosofia del Diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II. E-mail: giovanni.blando@unina.it

ABSTRACT

In questo saggio Manuel Atienza intende proporre un modello generale per analizzare e valutare criticamente le argomentazioni giudiziali. Prendendo le mosse dalla cornice teorica elaborata in uno dei suoi lavori più celebri, *Diritto come argomentazione*, Atienza distingue il momento dell'analisi – volto a identificare, per “capire” e “comprendere”, gli argomenti utilizzati in un ragionamento giudiziale – e quello della valutazione – destinato, invece, a vagliare criticamente tali argomenti. Per rendere più fruibile lo strumento dell'analisi, l'autore ne propone l'applicazione schematica ad un caso fittizio. In merito alla valutazione, invece, egli chiarisce i concetti di oggettivismo morale, universalità, coerenza, consequenzialismo, morale sociale, morale giustificata e ragionevolezza, proponendoli come criteri basilari per valutare le argomentazioni giudiziali. Nella parte finale del saggio, Giovanni Blando propone un'analisi e valutazione critica della sentenza Sez. un. civ., 09/09/2021, n. 24414, sulla scorta del modello elaborato da Manuel Atienza. Dopo aver distinto gli argomenti utilizzati dalla Corte, l'Autore sviluppa alcune riflessioni critiche sulle scelte dei giudici in materia di esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche.

In this essay, Manuel Atienza intends to propose a general model to analyze and critically evaluate judicial reasoning. Moving from the theoretical framework elaborated in one of his most famous works, *Diritto come argomentazione*, Atienza distinguishes the moment of the analysis – aimed to identify, and then to “understand” and “comprehend” the arguments used in a legal reasoning – and that of evaluation – meant to critically evaluate those arguments. To make the instrument of analysis more accessible, the Author proposes to apply it to a fictional case. Instead, regarding evaluation, he clarifies the concepts of moral objectivism, universalism, coherence, consequentialism, social morality, justified morality and reasonableness, upholding them as basic criteria for evaluating judicial arguments. In the final part of the essay, Giovanni Blando proposes an analysis and a critical evaluation of the judgment Sez. Un. civ., 09/09/2021, n. 24414, based on the model developed by Manuel Atienza. After having distinguished the arguments used by the Court, the Author develops some critical remarks on the choice of judges regarding the crucifix exhibition in classrooms.

KEYWORDS

Argomentazione giuridica, analisi, valutazione, oggettivismo morale, ragionevolezza

Legal argumentation, analysis, evaluation, moral objectivism, reasonableness

ALLEGATI

Corte di Cassazione, Sez. Un. civ., sentenza 24414/2021

Analisi e valutazione dell'argomentazione giudiziale.

Un modello e la sua applicazione alla sentenza Sez. Un. civ., 09/09/2021, n. 24414, in materia di esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche

MANUEL ATIENZA
GIOVANNI BLANDO

1. *Analizzare, valutare e argomentare* – 2. *Concezioni dell'argomentazione e analisi degli argomenti* – 3. *Un metodo per rappresentare argomenti* – 4. *Valutazione* – 5. *La ragionevolezza nel diritto* – 6. *Un caso pratico: analisi e valutazione della sentenza Sez. Un. civ., 09/09/2021, n. 24414* – 6.1. *Analisi* – 6.2. *Schema* – 6.3. *Valutazione*.

ALLEGATI: Corte di Cassazione, Sez. Un. civ., sentenza 24414/2021

1. *Analizzare, valutare e argomentare*

Nel mio libro *Diritto come argomentazione* (ATIENZA 2019) ho provato ad offrire quella che potrebbe considerarsi come la parte più generale di una teoria dell'argomentazione giuridica. La tesi fondamentale difesa in quel testo era la seguente: per rendere conto adeguatamente della dimensione argomentativa del Diritto bisognerebbe considerare (distinguere per poi integrare in una teoria complessa) le componenti formali, materiali e pragmatiche (dialettiche e retoriche) che esistono in qualsiasi argomentazione giuridica. A partire da ciò – questa era la mia intenzione – si era in grado di poter affrontare le tre grandi domande che solleva quest'approccio al Diritto: come analizzare un'argomentazione giuridica, come valutarla e come argomentare in ambito giuridico. Nel presente saggio proverò a rispondere alla prima di queste domande che, ad ogni modo, non può essere separata nettamente dalle altre due: l'analisi di un'argomentazione, infatti, può – tende a – essere intrapresa nella prospettiva di individuare quali siano i suoi punti forti e deboli, e questa operazione è spesso preparatoria per realizzare un'argomentazione. Si pensi semplicemente alla situazione di un giudice d'appello chiamato a decidere su un ricorso: per farlo deve analizzare la motivazione del tribunale appellato e delle parti, valutare la qualità degli argomenti utilizzati e, a partire da ciò, produrre la propria motivazione, la propria argomentazione.

Ad ogni modo, e quantomeno a fini didattici, ha senso distinguere tra tre situazioni nelle quali qualcuno – un giurista, nel senso più ampio dell'espressione – può avere a che fare con l'argomentazione:

1) Un organo giudiziale, un organo legislativo, un avvocato, ecc., ha realizzato – o sta realizzando – un'argomentazione e si prova a comprendere in cosa consista tale operazione o il risultato della stessa (infatti, va specificato, che l'argomentazione può intendersi sia come un processo, come un'attività, sia come un risultato, un prodotto). A tal fine è necessario mostrare quali sono i diversi elementi dell'argomentazione, quale proposito perseguiva colui che ha realizzato l'argomentazione, quali fasi di essa è opportuno distinguere, ecc. Ovviamente, intendere in questo modo l'analisi delle argomentazioni presuppone che non si guardi all'argomentazione da un punto di vista meramente logico-formale; l'analisi non è unicamente analisi della forma degli argomenti.

* I paragrafi 1-5, tradotti dallo spagnolo all'italiano da Giovanni Blando, vanno attribuiti esclusivamente a Manuel Atienza. Il paragrafo 6 esclusivamente a Giovanni Blando.

2) Al posto di (o, forse meglio, oltre a) comprendere l'argomentazione che qualcuno ha realizzato – o sta realizzando – il giurista (o, in generale, chi esamina un'argomentazione) può avere interesse a giudicarla, ossia a rispondere alla domanda se si tratti o meno di una buona argomentazione. La “bontà” di un'argomentazione può intendersi in termini formali, materiali e pragmatici. Una buona (corretta) argomentazione dal punto di vista formale può essere scarsamente solida dal punto di vista delle ragioni che offre e risultare o meno persuasiva.

3) Infine, il giurista (il giudice, l'avvocato, il teorico, ecc.) può trovarsi in una situazione in cui è necessario argomentare: per giustificare una decisione, per presentare un ricorso capace di persuadere il giudice o qualche organo amministrativo affinché decida in senso a lui favorevole, per persuadere l'avvocato della controparte del fatto che sia conveniente per entrambe le parti una negoziazione, per mostrare la necessità di un cambiamento giurisprudenziale, l'ingiustizia di un determinato provvedimento legislativo, la correttezza o la non correttezza di una determinata teoria, ecc.

Ovviamente, nel caso di 1) e 2) si tratta di attività *ex post* nel senso che presuppongono un'argomentazione già data, mentre 3) ha luogo *ex ante*. Ciò non vuol dire che si tratti, in un caso, della posizione di un osservatore o spettatore e, nell'altro, di quella di un partecipante all'argomentazione. Comprendere e, soprattutto, valutare un'argomentazione significa assumere un atteggiamento piuttosto compromesso, posto che (è opportuno insistere sul punto) l'argomentazione non può considerarsi esclusivamente in termini formali; detto altrimenti, l'analisi non è finalizzata unicamente a *capire*, ma anche, appunto, a *comprendere*; e la valutazione non è tale solamente in termini logico-formali, non si tratta cioè solamente di valutare la correttezza logica degli argomenti. Inoltre, la posizione *ex ante* è quella in cui può trovarsi qualcuno che assume un punto di vista molto astratto, ossia qualcuno che prova a elaborare non una teoria su come egli deve argomentare in una determinata situazione ma su come si deve argomentare (o come si argomenta) in situazioni differenti (quella dell'avvocato che deve preparare un ricorso, del giudice che deve emanare una sentenza, ecc.) o in un senso assolutamente generale, facendo cioè astrazione da qualsiasi situazione.

La distinzione non riguarda nemmeno il considerare l'argomentazione come un risultato o come un processo: si può analizzare e valutare tanto una cosa come l'altra; e colui che deve argomentare (o indicare a qualcun altro come farlo) può soffermarsi tanto sul processo quanto sul prodotto (e, di solito, su entrambe le cose).

Infine, la distinzione *ex ante/ex post* non può caratterizzarsi nemmeno in termini di linguaggio descrittivo o prescrittivo. Per comprendere un'argomentazione bisogna certamente analizzarla, ovvero mostrare – descrivere – quali sono le sue componenti e come si relazionano tra loro, ma ciò non è possibile senza interpretare. In questo senso, quando qualcuno analizza un'argomentazione – per esempio, la motivazione di un giudice – ci sono molti passaggi in cui l'analista deve prendere una decisione: per esempio, ritenere che vi sia una premessa implicita con una certa forma e contenuto o che un determinato argomento (una determinata ragione) punta in una direzione piuttosto che in un'altra. Tutto ciò presuppone l'adozione di qualche principio interpretativo (per esempio, il principio di carità), sicché il discorso utilizzato per analizzare (l'*analizzante*) non può intendersi come una semplice descrizione dell'*analizzando*, di ciò che si tratta di analizzare.

Allo stesso modo, per quanto riguarda la valutazione delle argomentazioni, non si tratta strettamente ed esclusivamente di prescrivere. Il giudizio valutativo si basa su una comparazione tra l'argomentazione che si è svolta e un modello di ciò che può considerarsi come una buona argomentazione. In questo senso, esso include un giudizio prescrittivo: per esempio, se un argomento viene qualificato come fallace, ciò vuol dire che *non si sarebbe dovuto* argomentare così; e se la valutazione fosse positiva, si potrebbe allora dire che l'argomentazione è o è stata quella che avrebbe dovuto essere. Esistono, tuttavia, problemi di valutazione delle argomentazioni che non hanno a che vedere con l'attività prescrittiva in senso stretto: ad esempio, la determinazione dei

criteri di valutazione è simile all'elaborazione di regole ideali (VON WRIGHT 1989, 51 ss.), un'operazione che riguarda più l'analisi di un concetto (quello di "buon professore" o quello di "buona argomentazione") che la prescrizione di condotte. Neanche la spiegazione delle ragioni per cui la coerenza svolge un ruolo così importante nell'argomentazione o la discussione se vi sia o meno un'unica risposta corretta nel Diritto (se sono possibili diverse giustificazioni e, pertanto, diverse argomentazioni) ha molto a che fare con l'attività prescrittiva.

Infine, la terza questione, quella su come argomentare, è essenzialmente ambigua se relazionata alla divisione del discorso in descrittivo e prescrittivo. Essa può intendersi, infatti, nel senso di come si argomenta di fatto o di come si deve argomentare; o, più precisamente, la risposta alla stessa coinvolge tanto aspetti descrittivi quanto aspetti prescrittivi.

Quando ci si sofferma sul problema di come analizzare le argomentazioni giuridiche, bisogna far fronte ad una difficoltà importante: esistono, infatti, tipologie e contesti argomentativi/i molto diversi tra loro: l'argomentazione del giudice, quella dell'avvocato, quella del legislatore, ecc.; e, nel caso del giudice, l'argomentazione che ha luogo durante la deliberazione in tribunale o quella plasmata nel testo della sentenza. È opportuno chiedersi, allora, se nonostante ciò abbia senso pensare a un modello di analisi comune.

La logica formale fornisce un modello (o più di uno) che, per molti aspetti, torna utile; ciononostante, si tratta di un modello molto astratto in quanto non permette di cogliere aspetti rilevanti delle argomentazioni.

Nemmeno prendendo le mosse dagli elementi materiali dell'argomentazione può elaborarsi un modello di carattere generale che risulti utile: l'analisi di un'argomentazione giuridica non può consistere esclusivamente nell'identificare il tipo di ragioni addotte (se si tratta di ragioni formali, sostanziali, ecc.) e il loro peso relativo che, peraltro, è differente a seconda del tipo di argomentazione e del contesto in cui si argomenta.

La prospettiva pragmatica sembrerebbe offrire condizioni migliori per dar conto di tutti gli aspetti dell'argomentazione ma presenta la seguente difficoltà: se il modello è troppo generale, allora forse non è particolarmente utile, e se risulta utile (coglie gli elementi rilevanti dell'argomentazione), allora non è completamente generale. Ad esempio, il modello di Perelman (PERELMAN, OLBRECHTS-TYTECA 2013), quello della retorica, che si basa sulla distinzione tra oratore, discorso e uditorio, viene utilizzato per tutte le argomentazioni ma è proprio quest'aspetto a conferirgli uno scarso potere di analisi. La ricchezza analitica si raggiunge solamente quando si distinguono diversi generi retorici (deliberativo, giudiziale, epidittico, ecc.) e si propongono classificazioni, distinzioni, ecc., per ciascuno di essi (per esempio, la teoria degli stati della causa con riguardo all'argomentazione giudiziale). Il modello di analisi di Toulmin (TOULMIN 1958; TOULMIN-RIEKE-JANIK 1978), quello della logica informale, quello della dialettica, risulta, senza dubbio, di grande interesse, ma forse non è completamente generale. A differenza di ciò che succede con gli schemi della logica formale standard, quelli di Toulmin mirano, come noto, a comprendere l'argomentazione in quanto interazione umana che ha luogo tra un proponente e un opponente. Ma ciò che riflettono gli schemi non è altro che l'argomentazione svolta dal proponente e quindi non riescono a dare completamente conto del processo dialettico di un'argomentazione. Ovviamente, si può pensare a (e sono stati elaborati) schemi che correggano questo deficit (ossia, che includano anche l'attività dell'opponente), ma la loro utilità analitica sembra essere limitata: da un lato, perché le regole dell'argomentazione (l'onere della prova, il gioco delle presunzioni, ecc.) sono molto differenti a seconda del tipo di discorso che si considera (discorso razionale, strategico, ecc.); dall'altro lato, perché se si intende, ad esempio, analizzare una sentenza, lo schema basato sulla distinzione tra i ruoli del proponente e dell'opponente non sembra il più indicato.

La strategia che seguirò consiste nel prendere a riferimento un tipo caratteristico di argomentazione giuridica, la giustificazione giudiziale, e costruire un modello adeguato alla stessa che possa tuttavia estendersi con una certa facilità (con aggiunte e qualche modifica) ad altri tipi di argomentazione giuridica.

2. Concezioni dell'argomentazione e analisi degli argomenti

Ciascuna delle tre concezioni o, meglio, prospettive dell'argomentazione (formale, materiale e pragmatica) conduce a una maniera distinta di analizzare gli argomenti, posto che ognuna di esse enfatizza un determinato aspetto dell'argomentazione.

La concezione formale si focalizza sugli argomenti prescindendo dal loro contenuto e dal loro contesto. Potrebbe fornire, dunque, un modello astratto (o la base di un modello) che potrebbe poi essere arricchito da altri elementi. E il primo passo per l'analisi sembrerebbe consistere in un metodo per rappresentare gli argomenti.

Ovviamente, la logica formale standard mette a disposizione un metodo di rappresentazione utilizzato con frequenza per analizzare le giustificazioni giudiziali, soprattutto dagli autori della teoria standard dell'argomentazione giuridica¹. Alexy (ALEXY 1998) elabora in tal senso un modello generale di giustificazione interna (di sillogismo sussuntivo) la cui forma (semplificata) sarebbe:

- (1) (x) (Tx → Orx)
- (2) (x) (M_{1x} → Tx)
- (3) (x) (M_{2x} → M_{1x})
- (4) (x) (Sx → M_{nx})
- (5) Sa
- Ora (1)-(5)

Un esempio di argomento che riempirebbe lo schema anteriore sarebbe:

- (1) Chi commette un omicidio deve essere punito con la pena della reclusione.
- (2) Chi uccide un'altra persona con premeditazione commette un omicidio.
- (3) Chi approfitta della vulnerabilità o della buona fede dell'altro, agisce con premeditazione.
- (4) Chi uccide una persona mentre dorme, approfitta del suo stato di vulnerabilità.
- (5) X ha ucciso Y mentre quest'ultimo dormiva.
- (6) Pertanto, a X deve essere irrogata la pena della reclusione.

MacCormick (MACCORMICK 2001) ha utilizzato la logica proposizionale (ma lo stesso potrebbe farsi – per evitare alcuni problemi tecnici – con la logica dei predicati) per rappresentare la giustificazione del tribunale in un caso famoso del *common law*: il caso *Daniel v. White and Sons and Tarbard*. Concretamente, la giustificazione era rappresentata come una serie di *modus ponens*, il cui inizio e la cui fine sarebbe:

p → q (1) Se una persona trasferisce la proprietà delle sue merci ad un'altra persona per una somma di denaro, allora esiste un contratto di vendita di tali merci tra le due parti, chiamate rispettivamente “venditore” e “compratore”.

p (2) In questo caso, una persona (la signora Tarbard) ha trasferito la proprietà di un bene (una bottiglia di limonata) ad un'altra persona (il signor Daniels) per una somma di denaro.

* q (3) In questo caso, è stato effettuato un contratto di vendita di questa merce (una bottiglia di limonata) tra la parte venditrice (la signora Tarbard) e la parte compratrice (signor Daniels)

..........*.....*.....*

¹ Il nucleo concettuale di quella che definisco “teoria standard dell'argomentazione giuridica” viene elaborato alla fine degli anni Settanta e risiede nei lavori di Wróblewski, Alexy, MacCormick, Peczenik e Aarnio (v. ATIENZA 1990; ATIENZA 2019, 5).

- $x \rightarrow y$ (15) Se un venditore ha infranto una condizione di un contratto il cui rispetto gli era stato richiesto, allora il compratore è autorizzato ad ottenere dal venditore i danni e i pregiudizi equivalenti alla perdita risultante direttamente e naturalmente per il mancato rispetto della condizione da parte del venditore (il compratore ha altri diritti che qui non interessano).
- x..... (16) In questo caso, la parte venditrice ha infranto una condizione del contratto, il cui rispetto gli era stato richiesto.
- y..... (17) In questo caso, il compratore è legittimato ad ottenere dal venditore i danni equivalenti alla perdita risultante direttamente e naturalmente dal mancato rispetto della condizione da parte del venditore.

Questo metodo di rappresentazione presenta, tuttavia, una serie di inconvenienti, o di insufficienze, legati alla natura della logica formale:

- 1) Non dà conto del flusso dell'argomentazione. Ciò che rappresenta non è il processo, l'attività di argomentare, ma piuttosto il risultato dell'argomentazione: l'insieme delle premesse e delle conclusioni – parziali e finali – e delle regole che giustificano il “passaggio” dalle premesse alla conclusione. Ciò vuol dire, per esempio, che l'ordine delle premesse è indifferente o, semplicemente, che l'ordine in cui vengono presentate non coincide con l'ordine in cui appaiono nel processo reale dell'argomentazione. L'idea di Toulmin di iniziare con la pretesa (con la conclusione) obbedisce esattamente al proposito di cogliere il processo reale dell'argomentazione. Naturalmente, nell'analisi di un'argomentazione giuridica ci sono molti aspetti (per esempio, gli aspetti retorici) che riguardano proprio questo, cioè l'ordine delle premesse.
- 2) Non dà conto della differente forza che possiede ognuna delle ragioni, ognuno degli argomenti. Nella logica formale standard tutte le premesse (non superflue) hanno lo stesso valore nel senso che ognuna di esse è condizione necessaria (e il loro insieme condizione sufficiente) per giungere alla conclusione. Tuttavia, quando si prova, ad esempio, a comprendere l'argomentazione contenuta in una sentenza, è ovvio che non tutte le ragioni, non tutti gli argomenti utilizzati hanno lo stesso valore. Una ragione può avere uno scarso peso o, semplicemente, essere sostituita – sconfitta – da un'altra ragione più forte.
- 3) Non dà conto della varietà degli atti linguistici in cui consiste l'argomentare. Nella logica formale standard tutte le premesse si presentano come asserzioni; e, nel caso della logica giuridica utilizzata da MacCormick e Alexy, si potrebbe dire che vengono combinati due tipi di atti linguistici: le asserzioni secondo cui è avvenuto un fatto – la premessa fattuale –; e un giudizio di adesione normativa – la premessa normativa –, che non può essere interpretata come l'asserzione secondo cui esiste una norma, ma piuttosto come quella secondo cui un soggetto – l'argomentatore, il giudice – aderisce a tale norma. Tuttavia, nell'argomentazione di una sentenza si ha a che fare anche con altri atti linguistici, come ipotesi e interrogativi.
- 4) Nella logica formale standard, la rappresentazione degli argomenti è, per così dire, lineare. Non a caso, la metafora della catena è quella maggiormente utilizzata per indicare l'argomentazione deduttiva. Tuttavia, le argomentazioni reali somigliano piuttosto alla trama di un tessuto (la metafora è di Perelman) o ai piedi di una sedia (Wisdom): ciò che conferisce solidità alla conclusione è – naturalmente – un insieme di argomenti, di ragioni, vincolati tra loro in forma molto varia.

La concezione materiale conduce ad un'analisi dell'argomentazione incentrata sulle premesse, sulle ragioni, piuttosto che sugli elementi formali, sulla struttura dell'argomentazione. In questo senso, costruire un metodo per la rappresentazione degli argomenti, dar conto degli elementi materiali dell'argomentazione, vuol dire riflettere in qualche modo la natura e il peso delle premesse, delle ragioni. Tuttavia, com'è ovvio, le ragioni (ciascuna delle ragioni) occupa(no) una posizione precisa nell'insieme dell'argomentazione, nella sua struttura: l'analisi materiale è compatibile con – presuppone – quella di tipo formale.

Infine, la concezione pragmatica pone l'enfasi sugli aspetti dinamici dell'argomentazione, sull'argomentazione vista come attività, come processo. Molti di questi aspetti vengono, per così dire, soppressi quando si considera come esempio di argomentazione (come stiamo facendo qui) la motivazione giudiziale che si plasma nel testo di una sentenza (non la deliberazione interna del tribunale); ma non tutti. Un metodo per rappresentare questa argomentazione non deve necessariamente basarsi su uno schema dialettico dove risultano differenziate le attività del proponente e dell'opponente, vengono indicati gli oneri della prova, ecc.² Non si tratta cioè di riflettere la discussione che ha potuto aver luogo in tribunale o le diverse strade argomentative (con le possibili contro-repliche, etc.) percorribili, per esempio, dall'avvocato che si pone il problema di come costruire un'argomentazione dinanzi ad un determinato caso (o tipo di caso). Tuttavia, è certamente necessario tener conto, fino a un certo punto, dell'attività mentale, discorsiva, del redattore della sentenza, nella misura in cui essa è stata plasmata nel testo: l'argomentazione parte da un qualche punto (da qualche problema) e cerca di raggiungerne un altro (una soluzione); pone gli argomenti secondo un determinato ordine; non solo afferma ma interroga anche, fa supposizioni che, a un certo punto, conferma o meno, ecc.

3. *Un metodo per rappresentare argomenti*

Un metodo per rappresentare argomenti giuridici (in linea di massima, l'argomentazione svolta dal giudice quando motiva una decisione) dovrebbe dunque dar conto degli elementi formali, materiali e pragmatici indicati. Non può, per questo motivo, essere il metodo della logica formale *tout court*, ma dovrebbe piuttosto avvicinarsi a uno schema come quello elaborato da Toulmin che, in qualche modo, raccoglie le esigenze prima segnalate o, almeno, una buona parte di esse. È questo, d'altronde, lo scopo che si persegue nei libri di logica informale (v. MARRAUD 2007): una rappresentazione delle argomentazioni che si avvicini a come, di fatto, le persone argomentano.

In alcuni lavori precedenti (v. ATIENZA 1991, cap. 7) ho proposto un metodo di rappresentazione degli argomenti mediante diagrammi a frecce. L'idea mi è venuta leggendo un lavoro di Eike von Savigny (VON SAVIGNY 1976) sull'argomentazione nella scienza della letteratura e mi sembrava che, in qualche modo, ciò che io proponevo potesse intendersi come un'estensione, o generalizzazione, degli schemi di Toulmin. Successivamente ho potuto constatare che il grande processualista statunitense Wigmore (WIGMORE 1937; v. ANDERSON-TWINING 1991) aveva proposto e sviluppato, a partire dal 1913, un metodo di analisi (il "chart method") che presentava grandi similitudini con esso, sebbene Wigmore lo avesse ideato come strumento specifico per l'argomentazione in materia di fatto. L'idea fondamentale nel mio modello consisteva nel concepire l'argomentazione come un flusso di informazioni che si muove a partire dalla formulazione di un problema per arrivare alla proposta (argomentativa) di una soluzione. Le relazioni di inferenza venivano rappresentate mediante frecce (con diversi orientamenti e forza) che connettevano enunciati i quali erano, a loro volta, il contenuto di diversi atti linguistici che sono simboleggiati mediante figure geometriche³; per esempio, un rettangolo per rappresentare l'affermazione di enunciati empirici (universali o singolari), un rombo per una domanda che si pone nel corso dell'argomentazione e che può avere una o più risposte, ecc.

Nel tempo ho affinato quel modello. Esso non dà conto, ovviamente, di tutti gli elementi che si possono incontrare (e analizzare) in un'argomentazione, ma molti di essi vi sono ricompresi. Nel modello si riflettono tanto l'aspetto inferenziale, il passaggio da alcuni argomenti ad altri,

² In realtà, non deve, se intende catturare l'argomentazione così come è riflessa nel testo della sentenza. Ciononostante, gli schemi dialettici possono risultare utili per altri propositi. Si veda, per esempio, PRAKKEN, SARTOR 2002.

³ Anche Wigmore rappresentava i diversi "tipi di prova" con figure geometriche: l'asserzione di un testimone che afferma un fatto, una prova circostanziale, un fatto ammesso dal giudice, ecc.

quanto i vari tipi di enunciati (la natura delle premesse ed il suo contenuto proposizionale) e i diversi atti linguistici che vengono utilizzati in ognuno dei passaggi.

Prima di illustrarlo nel dettaglio, è importante tracciare una distinzione tra argomentazione, argomenti e linee argomentative.

Un'*argomentazione* è l'insieme dei passaggi, atti linguistici ed enunciati che si situano tra la formulazione della domanda iniziale (un problema), con la quale si apre l'argomentazione, e la risposta alla stessa (la soluzione - argomentativa - del problema), che costituisce la chiusura dell'argomentazione. Sostanzialmente, essa consiste in un insieme di argomenti e linee argomentative, anche se non tutti i passaggi di un'argomentazione sono argomentativi. Non lo sono quelli che non richiedono alcuna ragione per essere sostenuti e che si rappresentano mediante linee (e non mediante frecce).

Un *argomento* è una ragione (formulata per mezzo di un enunciato) a favore o contro una determinata tesi (anch'essa espressa nella forma di un enunciato). Esso consta, pertanto, di tre elementi: la ragione (premessa), la tesi (la conclusione), e il vincolo - l'essere una ragione a favore o contraria - che si stabilisce tra le prime due (l'inferenza). Le ragioni (gli argomenti in senso stretto) possono essere più o meno complesse. Intendo dire che può trattarsi di una ragione che si esprime con un semplice enunciato o una ragione che si traduce in una serie di enunciati che, a loro volta, possono analizzarsi in termini di ragioni e tesi, di premesse e conclusioni.

Infine, una *linea argomentativa* è un insieme di argomenti orientati nello stesso senso: a difendere una tesi o a confutarla.

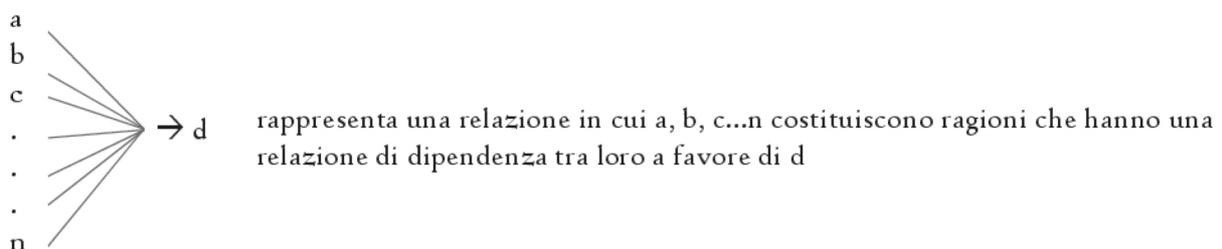
Inoltre, va tenuto presente che la nozione di ragione o di argomento in senso stretto ha un carattere soggettivo giacché, per essere considerata/o come tale, è sufficiente che svolga la funzione caratteristica di essere qualcosa che l'argomentatore adduce a favore o contro una determinata tesi, a prescindere dal fatto se sia o meno sincero o se si tratti di buone ragioni o piuttosto di ragioni irrilevanti, fuorvianti e false. L'obiettivo, si ricordi, è quello di costruire un metodo per analizzare le argomentazioni. La critica, la valutazione, deve avvenire in un momento successivo.

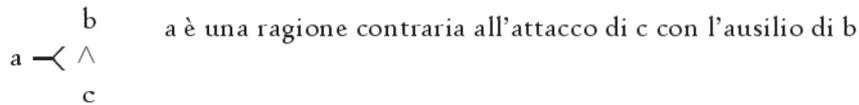
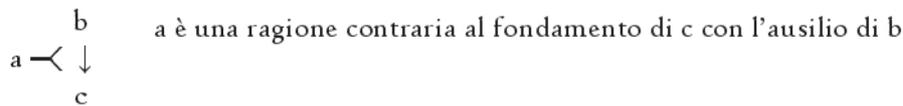
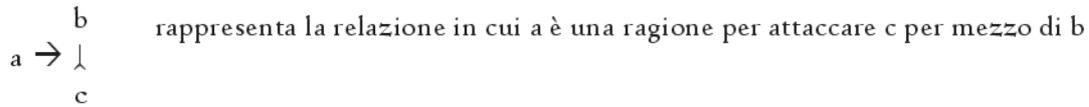
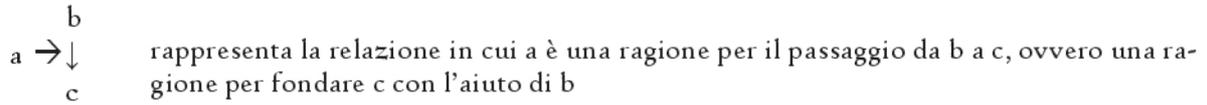
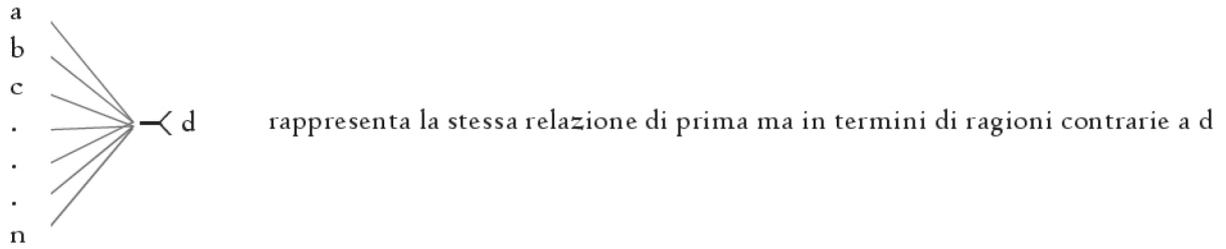
Dunque, un argomento semplice si rappresenta con una freccia che unisce due enunciati: la ragione (la premessa) e quello a favore o contro il quale è una ragione (la conclusione, la tesi):

$a \rightarrow b$ si leggerà come: a è una ragione in favore di b ; e

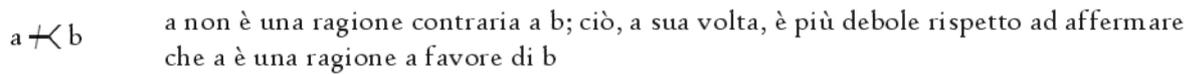
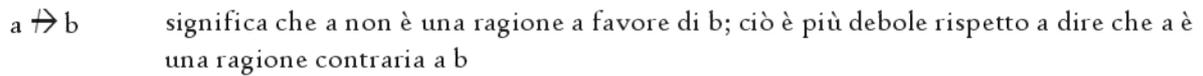
$a \leftarrow b$ come: a è una ragione contraria a b .

Tuttavia, gli argomenti possono, molte volte, assumere una forma complessa, possono cioè combinarsi tra loro in diversi modi. Così:



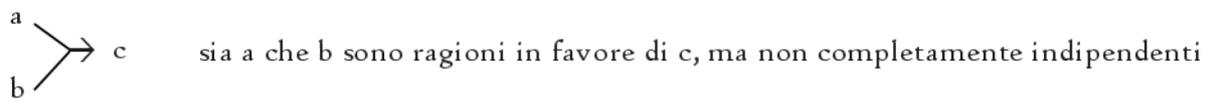


Inoltre, l'idea di essere un argomento a favore o contrario può essere negata. Così:

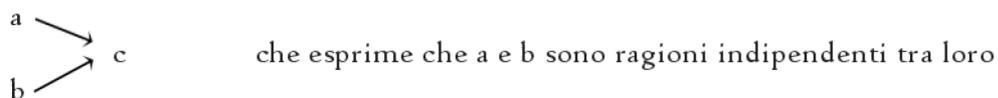


Inoltre, l'insieme di due o più ragioni può essere una ragione a favore o contraria a qualcosa, in due sensi distinti:

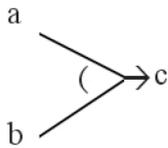
1) Nel senso fino ad ora utilizzato,



Ossia, la relazione anteriore è distinta da:



2) Ma esiste anche un altro senso. Quando ciò che si vuole esprimere è che la ragione è costituita dall'insieme di a e b , ma non nel senso che ognuna di esse è separata dall'altra, e può rappresentarsi così:



Infine, dato che il peso delle ragioni può essere molto diverso, esso può rappresentarsi aggiungendo i simboli del “più” (+) e del “meno” (-) sul segmento corrispondente. Così:

$a \rightarrow b$ esprimerà la relazione in cui a è una ragione in favore di b , il cui peso non viene specificato, mentre

$a \overset{+}{\rightarrow} b$ rappresenta la relazione in cui a è una ragione dal peso considerevole (potranno includersi più segni “+” per rappresentare pesi superiori), e

$a \overset{-}{\rightarrow} b$, la relazione in cui a è una ragione in favore di b , che ha (l’argomentatore gli attribuisce) scarso peso.

Eccetera.

Infine, la nozione di inferenza deduttiva, ossia del fatto che qualcosa è una ragione in favore di un'altra cosa e che ha un peso tale che, se la ragione in questione è valida (vera, corretta, ecc.), allora lo è anche ciò a favore del quale è una ragione (volendolo dire in maniera diversa: non è una ragione defettibile). Tutto ciò può esprimersi così:

$a \Rightarrow b$

E quando si tratta di una ragione contraria:

$a \Rightarrow < b$

Quest'ultimo passaggio è interessante perché permette di rappresentare adeguatamente l'ultimo passaggio della giustificazione giudiziale (l'idea della giustificazione interna), che costituirebbe sempre un passaggio deduttivo. Anche altri passaggi dell'argomentazione, che corrisponderebbero a ciò che suole definirsi “giustificazione esterna”, possono avere carattere deduttivo, sebbene molti altri non lo abbiano (siano cioè argomenti defettibili). Ad ogni modo, la distinzione giustificazione interna-giustificazione esterna non coincide del tutto con quella tra argomentazione deduttiva (non defettibile) e non deduttiva (defettibile).

Passiamo ora all'aspetto materiale dell'argomentazione, cioè quello relativo agli enunciati di cui si compone un'argomentazione. Tra questi, alcuni esprimono ragioni, argomenti in senso stretto, ed altri no, posto che, come visto, non tutti i passaggi di un'argomentazione sono passaggi argomentativi (sono argomentativi solo quelli uniti dalle frecce).

In un'argomentazione giuridica possono darsi tipi di enunciato molto distinti tra loro: enunciati empirici, normativi, teorici, ecc. In realtà, non esiste alcun tipo di enunciato immaginabile che non possa fungere da premessa di un'argomentazione giuridica. Una distinzione importante che,

in ogni caso, bisogna fare è quella tra enunciati (o ragioni) del sistema giuridico ed enunciati extrasistemati, provenienti dalla pratica giuridica⁴. Gli enunciati del sistema giuridico sono, a loro volta, molto diversi. Ne *Las Piezas del Derecho* (ATIENZA, RUIZ MANERO 1996), Juan Ruiz Manero ed io abbiamo proposto una classificazione che è essenzialmente la seguente:

- enunciati normativi di carattere pratico:
 - normativi:
 - esprimono norme:
 - deontiche o regolative:
 - principi:
 - in senso stretto
 - direttrici
 - regole:
 - di azione
 - di fine
 - non deontiche o costitutive:
 - regole che conferiscono poteri
 - regole puramente costitutive
 - esprimono l'utilizzo di poteri normativi (atti normativi)
 - valutativi
- enunciati di carattere non pratico: definizioni

Per quanto riguarda gli enunciati non appartenenti al sistema giuridico, è probabilmente impossibile elaborarne una tipologia completa. Tuttavia, cinque tipi importanti di enunciati sono: gli enunciati interpretativi, gli enunciati teorici, gli enunciati giurisprudenziali, gli enunciati empirici e gli enunciati valutativi. Per *enunciati interpretativi* si intendono quelli che figurano nel processo di interpretazione, quando cioè si tratta di attribuire significato a un testo dubbio. Qui è possibile distinguere, a sua volta, tra gli enunciati propriamente interpretativi come «“tutti” nell’art. 15 della Costituzione spagnola significa tutti i nati», che permette di passare da un enunciato del sistema (per esempio, l’art. 15 della Costituzione spagnola «tutti hanno diritto alla vita») ad un nuovo enunciato: “tutti i nati hanno diritto alla vita”; gli enunciati interpretati, ossia il risultato dell’interpretazione: “tutti i nati hanno diritto alla vita”; e le regole o canoni di interpretazione (le ragioni per comprendere che “tutti” deve intendersi qui come “tutti i nati”). Gli *enunciati teorici* sono quelli estratti dalla dogmatica (da ciascuna branca della dogmatica) oppure dalla teoria generale del diritto; molti di essi, ovviamente, svolgono la funzione di appoggiare un canone o regola dell’interpretazione. Per *enunciati giurisprudenziali* si intendono quelli elaborati da giudici e tribunali nelle giustificazioni delle proprie decisioni: che si tratti di *rationes decidendi* (e valgono o meno come precedenti) o di semplici *obiter dicta*. All’interno della categoria degli *enunciati empirici*, invece, bisogna distinguere, per esempio, tra quelli che rappresentano il fatto principale che si intende provare, i fatti probatori (i fatti secondari, che sono rilevanti per provare i fatti principali) e le regolarità (leggi scientifiche, massime di esperienza) che garantiscono il passaggio dai fatti probatori ai fatti provati⁵; a loro volta, i fatti principali

⁴ Per operare questa distinzione bisogna muovere dal presupposto che il Diritto non è solamente un sistema di norme ma anche una pratica; e nella pratica giuridica argomentativa si fa uso di molte premesse che non sono enunciati del sistema. Approfondisco la distinzione in ATIENZA 2019, 232 ss.

⁵ Ovviamente, con riguardo a tutti questi tipi di enunciato, possono svolgersi analisi più raffinate, nel caso in cui la rappresentazione lo richieda. Gli schemi di Wigmore forniscono un buon esempio in tal senso, in relazione ai tipi di prova (di “evidence”). Ad ogni modo, un problema può essere rappresentato dal fatto che l’analisi si conduca tanto a fondo che il suo risultato appaia difficile da utilizzare. Twining ha suggerito di ridurre tutte le categorie di Wigmore (che, in realtà, non sono solamente categorie di enunciati), a 8: asserzione di un testimone; prova circostanziale o proposizioni inferite; spiegazione alternativa; corroborazione di una prova; il giudice o *fact finder* lo per-

(quelli rilevanti sulla base del presupposto fattuale della norma considerata)⁶ possono sottoclassificarsi in fatti costitutivi (del delitto o della domanda in un processo civile) o eccezioni (nei processi civili, fatti impeditivi, estintivi o modificativi della domanda; in ambito penale, quelli che servirebbero per rigettare l'ipotesi accusatoria), ecc. Infine, gli *enunciati valutativi* (enunciati che non fanno parte del sistema giuridico) sono quelli che esprimono approvazione o disapprovazione verso qualunque tipo di fatto, evento o stato di cose; detto altrimenti, quelli che includono termini valutativi.

Quanto agli aspetti pragmatici dell'argomentazione, bisogna aggiungere quanto segue. Un'argomentazione può intendersi come un atto linguistico complesso in cui ciò che si fa pronunciando o scrivendo determinati discorsi (l'aspetto illocutivo) è offrire ragioni in favore o contrarie rispetto a una determinata tesi; ciò, a sua volta, può produrre l'effetto (aspetto perlocutivo) di giustificare una decisione, persuadere qualcuno, provocare una certa azione, ecc. Ciò che viene rappresentato nello schema è l'aspetto illocutivo, posto che, ad esempio, sebbene un giudice argomenti per giustificare una decisione, persuadere un certo uditorio, ecc. (questi sarebbero gli effetti perlocutivi), è possibile che raggiunga o meno il suo scopo; e, naturalmente, il giudice che non giustifica (o non giustifica bene) la propria decisione o che non riesce a persuadere gli altri membri del collegio o i membri del tribunale superiore non ha, per ciò solo, cessato di argomentare.

L'atto illocutivo di argomentare, ovviamente, richiede che l'argomentatore pronunci o scriva discorsi la cui forza o intenzione non è sempre la stessa; in altri termini, l'atto illocutivo consiste in una serie di atti illocutivi semplici di diverso tipo: in un'argomentazione si fanno affermazioni, domande, supposizioni, ecc. Quest'aspetto dell'argomentazione verrà segnalato nello schema con una lettera maiuscola che viene anteposta all'enunciato corrispondente, in ciascuno dei passaggi di cui si compone l'argomentazione. Quelli che compaiono nello schema (e che probabilmente possono considerarsi come gli atti illocutivi – semplici – più caratteristici di un'argomentazione) sono i seguenti:

- la definizione di un problema con cui si apre l'argomentazione, che viene rappresentata con la maiuscola P. Nell'argomentazione giudiziale si tratta sempre di un problema "semplificato" per permetterne la traduzione al codice binario caratteristico dell'istanza di applicazione del Diritto (molto diverso è il caso dell'argomentazione legislativa). In questo modo, il problema consisterà in determinare se qualcuno è colpevole o innocente, se una legge è costituzionale o incostituzionale, se X è o meno proprietario del bene Y, ecc.
- La risposta finale, la soluzione del problema, che si rappresenta con la maiuscola S, consiste nello scegliere una tra le componenti della disgiunzione prima definita. Come detto, l'ultimo passaggio dell'argomentazione ha un carattere deduttivo (sebbene in qualche caso possa presentarsi nella forma del ragionamento entimematico, ovvero, è possibile che alcune delle premesse – necessarie – della deduzione non siano espresse). Quest'ultimo passaggio deduttivo ha sempre luogo nell'argomentazione giudiziale, anche quando l'argomentazione segue fondamentalmente lo schema della ponderazione (tra principi o valori) o dell'adeguamento (ragionamento mezzo-fine). La spiegazione consiste nel fatto che la ponderazione giudiziale (come ho sostenuto più dettagliatamente in ATIENZA 2019, 173 ss.) è un procedimento di giustificazione o di argomentazione che richiede due passaggi: nel primo (che è cruciale) si verifica il transito dai principi alla regola; successivamente si applica la regola al caso. Qualcosa di simile accade anche con l'adeguamento: se si parte dal presupposto che il giudice, nel decretare, per esempio, a chi corrisponda la custodia dei figli in una causa di divorzio, deve decidere secondo il miglior interesse del minore e si accetta che nel caso in questione (o in generale)

cepisce con i suoi sensi; il tribunale lo accetta senza l'appoggio di prove; inferenza; generalizzazione (v. ANDERSON-TWINING 1991).

⁶ Si veda TARUFFO 2002, cap. X.

tale obiettivo si raggiunge affidando la custodia alla madre, allora la conclusione che deriva necessariamente dalle premesse è che si deve concedere la custodia alla madre.

- Tra il problema e la risposta finale, l'argomentatore affronta una serie di questioni più precise, dalle quali dipende la soluzione finale. Si noti che sto utilizzando "problema" e "soluzione" per riferirmi alla domanda iniziale e alla risposta finale di un'argomentazione; il termine "questione" lo lascio da parte per quel tipo di domanda che sta alla base della tipologia dei casi difficili; e l'espressione "domanda" la utilizzo in maniera generica, analogamente a "risposta" (può essere la risposta a un problema o la risposta a una questione). Può risultare utile in questo senso distinguere:

1) *Questioni orientate o chiuse*, ossia quelle che possono concepirsi come una disgiunzione di due o più componenti e la cui risposta, pertanto, consisterà nell'optare per una di esse. Per esempio, la domanda se l'art. 49 della Costituzione colombiana debba interpretarsi come un dovere verso i prossimi che ammette solo una risposta: Sì o No. O la domanda se lo stesso art. 49 debba interpretarsi come un dovere verso i prossimi, un dovere verso la comunità o dovere che deriva dal pericolo potenziale che esiste per i terzi.

2) *Questioni aperte*, ovvero quelle in cui la domanda è formulata in maniera tale che non è delimitato il numero di risposte possibili. Per esempio, la questione di come debba interpretarsi il principio del libero sviluppo della personalità (art. 16 della Costituzione colombiana), la cui risposta è che l'articolo proibisce di punire penalmente condotte che non cagionino ad altri un danno. Questo tipo di questioni corrispondono a quelle che Carnap chiamava "w-questions", ovvero quelle introdotte da espressioni come "chi", "che", "quale", "perché", "come" (v. HAMBLIN 1958).

- Le supposizioni (SP) sono atti linguistici che, nelle argomentazioni, possono svolgere diverse funzioni. Possono servire per introdurre una forma indiretta di argomentare (riduzione all'assurdo); Per introdurre in modo tentativo una tesi che successivamente risulterà confermata; Per segnalare i possibili significati od orientamenti di una questione chiusa. Eccetera.
- Infine, affermare (A) e negare (N) sono atti linguistici nei quali colui che li esegue (l'argomentatore) si impegna con la verità o la falsità, o con la correttezza o non correttezza (se si tratta di enunciati "pratici", che hanno direzione di regolazione non dal linguaggio al mondo, ma piuttosto dal mondo al linguaggio) del rispettivo contenuto proposizionale. Quando si tratta di enunciati normativi, resta inteso che colui che li enuncia stia considerando le norme come giudizi a cui egli aderisce; non sta semplicemente affermando l'esistenza di una norma. Naturalmente, se fosse necessario, si potrebbe pensare di utilizzare maiuscole specifiche per l'accettazione o la non accettazione di norme, valori, ecc. Le ragioni in senso stretto (rappresentate nello schema con lettere minuscole e numeri) sono sempre affermazioni o negazioni (e per questo motivo non si è ad esse anteposto nessuna maiuscola); in altri termini, è chiaro che una ragione in senso stretto non può consistere semplicemente in una supposizione o in una domanda (sebbene le supposizioni e le domande possano far parte di ragioni complesse).

Esistono altri aspetti pragmatici dell'argomentazione che non si riflettono nello schema. Tra questi ultimi rientrano gli aspetti che potrebbero definirsi, in senso stretto, dialettici, semplicemente perché l'argomentazione si presenta come una successione di atti linguistici realizzati da un argomentatore e non come un'interazione tra un proponente e un opponente. Ciò è conseguenza del fatto che il testo pubblicato di una sentenza non ha una forma dialogica: essa è (o può essere) il risultato di una discussione, la deliberazione che ha avuto luogo all'interno del tribunale, ma quel che si pubblica è l'argomentazione, la giustificazione elaborata dal relatore; e ciò è quel che prova a rappresentare il tipo di schema di cui si sta parlando. Ciò non vuol dire, tuttavia, che tale schema non possa essere arricchito per dar conto, almeno, di alcuni aspetti dialettici di un'argomentazione giudiziale. Ad esempio, nulla impedisce di poter costruire, su uno stesso

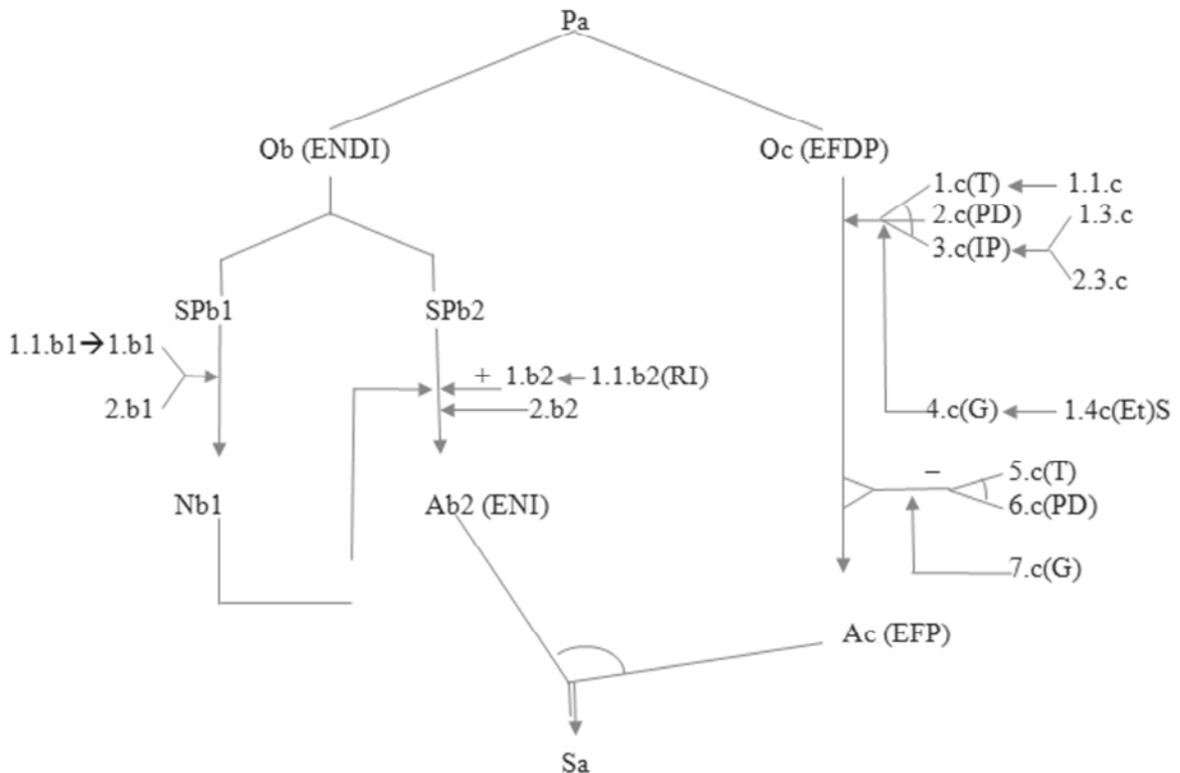
caso, ossia a partire da un medesimo problema, argomentazioni differenti: supponiamo, quella della maggioranza della corte e quella dei voti dissidenti. Lo si può fare presentando uno schema distinto per ogni argomentazione oppure provando ad integrarle in un unico schema ed utilizzando, ad esempio, colori distinti per dar conto di ciascuna delle argomentazioni. Ancora, possono essere utilizzati simboli particolari che rappresentino l'una e l'altra parte del processo, come avviene nei diagrammi di Wigmore. Ad ogni modo, è importante ricordare un aspetto ribadito con forza da Twining nei suoi commenti agli schemi di Wigmore: un'argomentazione può interessare da molti punti di vista e per questo bisogna chiarire quale sia, in ogni caso, tale punto di vista. Secondo Twining e Anderson nell'analisi che consentono di effettuare gli schemi di Wigmore, il punto di vista adottato è quello dello storico (l'osservatore) che dà conto dei diversi argomenti presentati da ciascuna delle parti in un procedimento in contraddittorio su questioni di fatto. Ovviamente, questo non è il punto di vista di un avvocato che intende prepararsi a un giudizio, una volta conclusa l'indagine sui fatti. Non è nemmeno ciò che caratterizza il modello che sto proponendo, relativo all'argomentazione svolta dal giudice.

Gli elementi retorici non vengono rappresentati all'interno dello schema, sebbene esso possa comunque facilitarne l'analisi. Lo schema non consente di valutare se la sentenza è redatta in uno stile più o meno formalista, se in essa è stato utilizzato un linguaggio neutrale o, al contrario, un linguaggio ricco di termini valutativi, ecc. Esso permette, tuttavia, di rilevare facilmente l'ordine degli argomenti o quali siano i tratti e i momenti argomentativi in cui l'argomentatore ha posto una maggiore o minore enfasi.

Inoltre, è opportuno chiarire che uno schema, una rappresentazione di un'argomentazione, non equivale all'analisi della stessa, ma rappresenta piuttosto una risorsa per facilitarne l'analisi. E, proprio per questo motivo, non deve abusarsi di tale risorsa; detto altrimenti, chi intende analizzare un'argomentazione giudiziale servendosi degli elementi di cui sopra non deve pensare che la schematizzazione sarà migliore (e l'analisi più profonda) in rapporto alla quantità dei simboli, tra quelli proposti, che vengono utilizzati. Ritengo, al contrario, che sia importante dar conto dell'essenziale dell'argomentazione, utilizzando il minor numero di elementi possibile. Probabilmente, tutto ciò che serve per elaborare uno schema adeguato di tutti o della maggior parte dei casi consiste nel dar conto della sequenza delle operazioni in cui consiste una giustificazione giudiziale: la narrazione dei fatti; la definizione di uno o più problemi; le questioni e le subquestioni da cui dipende la soluzione del problema; le risposte alle questioni (cercando di identificare la *ratio* o le *rationes decidendi*); e, infine, la soluzione del problema o dei problemi⁷.

⁷ Per *narrazione dei fatti* intendo ciò che è avvenuto nel mondo sociale e istituzionale e che ha fatto sorgere un problema giuridico. Il *problema* o *problema giuridico* equivale alla traduzione dei fatti narrati nel codice (solitamente binario) caratteristico della risoluzione giudiziale dei conflitti. Quest'ultima si realizza rispondendo a una serie di *questioni* o *subquestioni*: ad esempio, "come deve interpretarsi l'articolo X della legge Y"? O ancora: "deve considerarsi provato il fatto X?". Tra le questioni o subquestioni è possibile distinguerne di vari tipi: questioni processuali, questioni probatorie, questioni di qualificazione; questioni di applicabilità; questioni di validità; questioni interpretative; questioni relative alla discrezionalità; questioni di ponderazione (per un'analisi più approfondita delle singole questioni v. ATIENZA 2013, pp. 431-439). Le *risposte* a tali questioni o subquestioni saranno "l'articolo X deve interpretarsi nel senso S" e "il fatto X deve ritenersi provato". Nel fornirle sarà necessario identificare le *ragioni* offerte dal giudice per supportarle. Bisogna, infine, distinguere la *soluzione del problema* (es. "deve essere ratificata la sentenza") dalla *decisione* ("si ratifica la sentenza").

Lo schema riportato di seguito, riferito ad un caso fittizio, può essere utile a chiarire quanto detto finora:



L'argomentazione si genera a partire da un problema (P), espresso attraverso un contenuto proposizionale, *a*. Partendo dal problema, l'argomentazione si dirama o, meglio detto, la soluzione del problema dipende da due questioni (Q). Quella di sinistra è una questione di tipo interpretativo: come deve intendersi il contenuto proposizionale, *b*, che rappresenta un enunciato normativo da interpretare (ENDI). Quella di destra, invece, è una questione probatoria: si è verificato o meno il fatto descritto nella proposizione *c*? Per la soluzione di questa questione si ha a che fare con un enunciato fattuale da provare (EFDP).

La questione a sinistra (questione interpretativa) porta a considerare due supposizioni (SP), ovvero, l'enunciato può intendersi in due modi: come *b1* o come *b2*. La prima supposizione è negata (*Nb1*) da un argomento complesso che consta di tre ragioni: *1.b1* e *2.b1* sono ragioni (ognuna delle quali è una ragione non completamente indipendente dall'altra) a favore del passaggio dalla supposizione di *1.b1* alla sua negazione. Invece, *1.1.b1* è una ragione esclusivamente a favore di *1.b1*. Dall'altra parte, la negazione di *b1* è anche una ragione per affermare l'interpretazione contraria: *Ab2*. Però qui sorgono altre due ragioni, completamente indipendenti tra loro, per affermare l'interpretazione che in principio si era supposta: una di queste è *1.b2*, a sostegno della quale c'è anche un'altra ragione, *1.1.b2*, che è una regola d'interpretazione; e il segno «+» che appare sulla freccia indica che questa è una ragione alla quale colui che argomenta ha attribuito un peso considerevole; l'altra ragione, *2.b2*, enuncia un argomento semplice, indipendente, a sostegno del passaggio da *SPb2* a *Ab2*.

La questione di destra è risolta nel ritenere provato il fatto descritto in *c*. Per questo, il passaggio da *Qc* (EFDP) all'affermazione di *c*: *Ac* (EFP) si articola in un argomento complesso che consta di quattro ragioni. Le prime tre, *1.c*, *2.c* e *3.c*, sono elementi di prova: rispettivamente, una

testimonianza (T), una prova documentale (PD) e una perizia (P); l'arco che unisce le tre frecce indica che le tre ragioni costituiscono congiuntamente un argomento, sebbene nessuna delle tre costituisca di per sé un argomento; a sua volta, a favore di 1.c si adduce una ragione, e a favore di 3.c due ragioni, 1.3.c e 2.3.c, connesse tra loro in forma disgiunta: ognuna costituirebbe di per sé un argomento a favore di 3.c. La quarta ragione, 4.c, è un enunciato generale (ad esempio, una massima d'esperienza), a favore della quale c'è una nuova ragione, 1.4.c, che costituisce un enunciato teorico (es. una dottrina dogmatica); questa ragione conferisce forza per passare dall'insieme delle anteriori all'affermazione che *c* si è verificato (Ac). Però, c'è anche un altro insieme di ragioni (5.c e 6.c sono altri elementi di prova e 7.c un enunciato generale) dove il senso della freccia è invertito; questo perché le tre ragioni costituiscono un argomento contrario alla prova del fatto che *c* si sia verificato; tuttavia, si tratta di un argomento più debole di quello precedente (ciò è segnalato con « - »), e quindi si conclude affermando che *c* si è verificato.

4. Valutazione

Solitamente l'analisi di un'argomentazione precede la sua valutazione. Abbiamo bisogno di (o vogliamo) comprendere l'argomentazione che qualcun altro ha realizzato per poterla valutare ed assumere un determinato atteggiamento nei suoi confronti: accettare che la decisione così argomentata è giustificata, dissentire dalla stessa e scrivere un articolo dottrinale mostrando perché si tratta di un'argomentazione errata, preparare un ricorso "sfruttando" proprio gli errori argomentativi della decisione, eccetera.

Inoltre, dato il carattere pratico (vincolato all'azione) delle argomentazioni giuridiche, è importante chiarire che valutare un argomento non è esattamente lo stesso che valutare una decisione o azione; nemmeno deve confondersi la valutazione degli argomenti teorici e quella delle credenze o teorie che essi avallano. Ovviamente, si può decidere senza argomentare, senza offrire alcun tipo di ragione; in questo caso il giudizio che si esprime non avrà a che fare con alcuna argomentazione precedente (sebbene possa riguardare proprio la mancanza di un'argomentazione: se si trattava di una decisione che avrebbe dovuto essere giustificata). Ciononostante, anche quando si decide argomentativamente, entrambi gli aspetti possono separarsi: ci sono buone decisioni mal argomentate e, al contrario, buone argomentazioni in favore di decisioni sbagliate. È anche opportuno ricordare che le "buone" o "cattive" argomentazioni (come anche le decisioni) possono esserlo in due sensi differenti: in senso tecnico e in senso morale. Una buona argomentazione *in senso tecnico* è un'argomentazione abile, basata su argomenti che possono risultare efficaci per raggiungere una determinata finalità; tuttavia, allo stesso tempo, un'argomentazione di questo tipo potrebbe essere cattiva *dal punto di vista morale* (nel senso ampio dell'espressione) se, ad esempio, nasconde argomenti rilevanti che servirebbero per confutare quelli precedenti (e se colui che argomenta aveva l'obbligo di essere imparziale: una stessa argomentazione può essere cattiva – in senso morale – se colui che la effettua è, per esempio, un giudice che deve decidere su un ricorso, ma non ovviamente se il suo autore è l'avvocato di una delle due parti).

Ad ogni modo, con riguardo all'attività giudiziale, l'ideale regolativo dello Stato di diritto è che le buone decisioni siano precisamente le decisioni ben argomentate. L'obbligo di motivare (previsto, quantomeno, per quanto riguarda le decisioni più importanti) comporta il rispetto di criteri formali (autoritativi e procedimentali) e sostanziali, tendenti ad assicurare che le decisioni si accompagnino ad un'argomentazione – motivazione – adeguata. Inoltre, il rispetto di questi criteri servirebbe a garantire che una decisione ben motivata non possa essere una cattiva decisione; in altri termini, il giudice che giustifica le proprie decisioni in conformità con il Diritto decide giuridicamente bene, sebbene la decisione possa rivelarsi errata secondo altri parametri: per esempio, perché applica una norma ingiusta o perché non ritiene provato un fatto conosciuto che vulnera qualche norma giuridica.

Ciò non accade con riferimento ad altri organi giuridici per i quali le decisioni e i processi di argomentazione non hanno tra loro questo tipo di vincolo concettuale. La ragione è che gli organi legislativi o amministrativi, gli avvocati o i singoli cittadini, non hanno il grado di impegno nei confronti del Diritto che caratterizza, invece, la funzione giudiziale. Questi ultimi, piuttosto, si servono del diritto per raggiungere scopi sociali e individuali; in generale, l'adeguamento al Diritto è un limite o un mezzo, non il fine della loro attività. L'argomentazione e la valutazione degli argomenti si pone, pertanto, in maniera diversa nell'uno e nell'altro caso. Una sentenza può essere annullata per carenza o difetto di giustificazione ma questo non accade con le leggi; o quantomeno, se accade, accade molto raramente (e per via di difetti di carattere formale e procedurale); nelle norme emanate dal legislatore il testo è separato dagli argomenti utilizzati per giustificarlo mentre in quelle di origine giudiziale, nei precedenti, la norma e la sua giustificazione sono, in un certo senso, inseparabili. Quanto agli avvocati, invece, le loro argomentazioni non vengono solitamente valutate in termini di validità ma, piuttosto, in termini di efficacia.

In definitiva, la domanda su cosa sia un buono (e un cattivo) argomento ha risposte distinte nei distinti campi dell'argomentazione giuridica perché, tra le altre cose, le finalità perseguite nella valutazione di un'argomentazione giuridica sono differenti a seconda di quale sia l'organo che argomenta e quello che effettua la valutazione. La valutazione degli argomenti è, dunque, una questione fondamentalmente contestuale; questo non vuol dire, tuttavia, che non vi siano criteri – criteri oggettivi – per realizzarla. Vuol dire, piuttosto, che i criteri non possono essere esattamente gli stessi per tutti gli organi giuridici.

Riferendosi esclusivamente all'argomentazione giudiziale di carattere giustificativo, è possibile affermare che *l'obbligo dei giudici di motivare le proprie decisioni significa che essi sono chiamati ad offrire buone ragioni nella forma adeguata a ottenere lo scopo della persuasione*. Un buon argomento, una buona giustificazione giudiziale, equivale, dunque, ad un ragionamento che presenta una struttura logica riconoscibile e che soddisfa uno schema di inferenza valido – deduttivo o no; basato su premesse, su ragioni, rilevanti e sufficientemente solide (quantomeno, più solide di quelle che potrebbero addursi a favore di un'altra soluzione); e che persuada di fatto o che dovrebbe persuadere un uditorio che soddisfi determinate condizioni ideali: informazione sufficiente, atteggiamento imparziale e razionalità. Se si guarda all'attività argomentativa (e non solamente al suo risultato), alle condizioni anteriori andrà aggiunta quella del rispetto delle regole della discussione razionale da parte di coloro che partecipano all'argomentazione, cioè degli autori della motivazione.

Inoltre, per valutare gli argomenti non bisogna accontentarsi del fatto che, com'è ovvio, *sembra che* siano soddisfatti questi requisiti. È necessario che essi vengano realmente soddisfatti, sicché risulta fondamentale munirsi di una teoria delle fallacie. Per valutare un argomento non basta sapere quali sono (essere capaci di individuare) i buoni e i cattivi argomenti ma bisogna saper riconoscere anche quelli che sembrano buoni ma, in realtà, non lo sono.

Ebbene, quanto precede non è sufficiente a valutare qualsiasi tipo di ragionamento giudiziale. Affinché lo sia, non bisogna solamente supporre che questi siano tutti i criteri possibili, ma anche che essi siano oggettivi, ossia che abbiano il medesimo significato per tutti coloro che partecipano ad un'argomentazione e che determinano, di conseguenza, quale sia la soluzione – l'argomentazione – corretta in ogni caso. In pochi dubitano dell'oggettività della logica, ossia dei criteri di natura formale: quale forma o schema argomentativo è valido e quale no; ma ciò, come anticipato, è chiaramente insufficiente per poter valutare un argomento in un'attività – il Diritto – che non ha una natura propriamente formale. Tuttavia, con riguardo ai criteri materiali e pragmatici, un tale accordo semplicemente non esiste. La teoria delle fonti, quella della validità o, soprattutto, quella dell'interpretazione sono territori in cui regna il disaccordo; non vi è, ad esempio, un accordo su come stabilire una gerarchia tra i vari canoni interpretativi, in quali condizioni uno di essi prevale sugli altri, ecc. Quanto ai criteri pragmatici, le ragioni dello scetticismo sono molteplici: non si vede perché il fatto per cui un argomento persuada (di fatto) tutti o

la maggior parte di un uditorio possa fungere da criterio di oggettività dal momento che effettività non equivale a validità; anche l'idea di un uditorio ideale (si tratti dell'uditorio universale di Perelman, della comunità dialogica ideale di Habermas, o di qualunque altra costruzione di questo tipo) suscita molti dubbi giacché – si suol dire –, trattandosi di costruzioni che non corrispondono ad alcuna realtà, servirebbero solamente a produrre congetture e supposizioni; e lo stesso vale per le regole del discorso razionale: nessuno argomenta esattamente in questo modo e, ovviamente, nemmeno il giudice.

Dunque, l'argomento scettico, quello che adducono i difensori del carattere indeterminato del Diritto, suona così: nel Diritto (a differenza di quello che può verificarsi in altri ambiti, come quello della scienza) non esistono criteri oggettivi per giudicare la qualità degli argomenti poiché, con frequenza (diciamo, nei casi difficili), non esiste un accordo su quale sia la soluzione per una questione giuridica; e ciò non solo perché ognuna delle parti contrapposte in una controversia pretende di avere ragione ed offre argomenti a proprio favore e per confutare quelli contrari, ma soprattutto perché il disaccordo riguarda anche soggetti estranei al conflitto, come i giudici chiamati a risolvere il caso, la dottrina o i teorici del Diritto, che si pongono il problema ad un livello di astrazione maggiore. All'argomento scettico è tuttavia possibile rispondere in diversi modi.

In primo luogo, quanto detto in precedenza non esclude l'esistenza di criteri oggettivi che le parti o coloro che partecipano ad un'argomentazione in qualsiasi altro modo sono incapaci di riconoscere o, piuttosto, non vogliono farlo per questioni di interesse personale, impegno politico, deformazione ideologica, ecc. In altri termini, il fatto che le persone siano in disaccordo su quale sia la risposta corretta (o vera) ad una questione (concreta o astratta, teorica o pratica) non vuol dire che una tale risposta non esista.

In secondo luogo, probabilmente l'oggettività nel Diritto va costruita in maniera diversa – meno forte – rispetto a come accade nella scienza. Si potrebbe accettare, ad esempio, che i criteri precedenti non consentano di determinare sempre un'unica risposta (e, pertanto, argomentazione) corretta per ogni caso ma non bisogna pensare, solo per questo, che quest'ambito sia privo di oggettività. L'oggettività consisterebbe nel fatto che i criteri permettono, in ogni caso, di escludere molte risposte – molte argomentazioni – come non corrette e molto spesso (o perlomeno, frequentemente) di sceglierne una come corretta.

In terzo luogo, si potrebbe mettere in discussione la mancanza di consenso che sostiene l'argomento scettico. In due modi distinti. Il primo consisterebbe nel segnalare che, se si collega l'idea di oggettività a quella di consenso, non ci si dovrebbe riferire (in particolare, in un ambito come quello del Diritto in cui gli interessi e i valori di coloro che partecipano nell'argomentazione sono così intensi) ad un consenso fattuale, quanto piuttosto ad un consenso razionale. Come detto in precedenza, infatti, l'esistenza di disaccordi fattuali non è di per sé idonea a provare che soggetti ben informati, con atteggiamento imparziale, che agiscono razionalmente, sarebbero ugualmente in disaccordo. Il secondo, invece, consiste nel rilevare che la mancanza di accordo in relazione a quale sia la risposta (l'argomentazione) corretta a un problema giuridico (disaccordo che, peraltro, rischia di essere amplificato in conseguenza del fatto che la teoria del Diritto si concentra eccessivamente sui casi difficili o molto difficili) non implica necessariamente una mancanza di accordo sui criteri da utilizzare per valutare l'argomentazione, ma piuttosto sulla loro applicazione. Difatti, non sarebbe difficile elaborare una lista con le obiezioni standard che i giuristi utilizzano solitamente quando criticano una decisione giudiziale. Ad esempio: è carente di motivazione o la motivazione è oscura e/o insufficiente; cade in contraddizione (a proposito di questioni di fatto o di Diritto); non applica il Diritto vigente o lo interpreta in maniera errata; commette un errore nel ritenere provato un determinato fatto; è *ad hoc*, ossia si basa su una ragione, un argomento, che non potrebbe essere universalizzato; è incoerente, ossia non è compatibile con i principi e i valori dell'ordinamento giuridico oppure (in materia di fatti) con la conoscenza scientifica e l'esperienza disponibile; contraddice qualche norma della morale sociale; si pone in contrasto con qualche prin-

cipio morale (a prescindere dal fatto che quest'ultimo sia o meno sostenuto dall'opinione pubblica o dalla maggior parte di essa).

In quarto ed ultimo luogo, negare che esistano criteri oggettivi significherebbe anche riconoscere che non è possibile una critica (una critica razionale, giustificata) delle decisioni giudiziali e questo sembra contraddire ciò che sono le nostre stesse pratiche che, se avessero ragione gli scettici, semplicemente non avrebbero senso. Se (nei casi difficili) non esistono questi criteri, allora l'unica cosa che resta è l'autorità; detto altrimenti, i giudici (diciamo, i giudici supremi, quelli che pongono fine alle controversie) non potrebbero commettere errori: le loro decisioni non sarebbero solamente definitive ma anche infallibili.

Coloro che difendono un qualche tipo di oggettività nel Diritto fanno appello ad una pluralità di criteri. I *criteri logico-formali* (quelli della logica deduttiva) vengono accettati da tutti o quasi tutti (inclusi i più scettici) ma il loro rispetto rappresenta un limite davvero poco significativo: è abbastanza difficile trovare una sentenza nella cui motivazione siano stati commessi errori logici in senso stretto, ossia errori inferenziali; a volte può sembrare così ma è sufficiente aggiungere qualche premessa (da considerarsi implicita) o interpretare una delle premesse in un certo modo per evitare questa impressione. Sembrano sussistere pochi dubbi anche con riguardo a criteri di razionalità molto basilari, come, ad esempio, la necessità di offrire argomenti (e argomenti che possano risultare comprensibili, che siano rilevanti per il caso e sufficientemente completi) se si ha intenzione di motivare una decisione; si può avere qualche dubbio sul fatto se sia stato o meno soddisfatto tale criterio ma non sul criterio in sé. O ancora, il criterio che impone di non cadere in contraddizione, sebbene qui sia opportuno fare una distinzione. La non-contraddizione è un requisito logico che riguarda le premesse: fattuali o normative. Naturalmente, il giudice può imbattersi in due narrazioni dei fatti contraddittorie tra loro o in due norme antinomiche che, in linea di principio, potrebbero applicarsi al caso. Tuttavia, se si opta per una delle due narrazioni, ciò avviene perché la si considera meglio giustificata rispetto all'altra (e per questo non si cade in contraddizione); lo stesso vale con riferimento alla norma che si decide di applicare. In altri termini, una cosa è l'argomentazione vista come un processo (nel corso del quale è normale che si formulino tesi contraddittorie), altra cosa è vederla come un risultato (la motivazione della decisione, dove non possono essere prese in considerazione – se le si attribuisce un carattere razionale – premesse che siano contraddittorie tra loro). Una situazione distinta è quella in cui il giudice fonda la propria decisione su un fatto che effettivamente non è stato provato (secondo le corrispondenti regole probatorie) o su una norma invalida (secondo i criteri di validità del sistema). Se ha senso parlare di contraddizione è perché si presuppone (come una sorta di premessa ultima del ragionamento giudiziale) l'obbligo dei giudici di obbedire al (o, quantomeno, di applicare il) Diritto vigente.

Ad ogni modo, i criteri di valutazione più importanti (e problematici) sembrano essere quelli che fanno riferimento alle nozioni di universalità, coerenza, accettabilità delle conseguenze, di morale sociale e di morale giustificata (coincida o meno quest'ultima con la morale sociale). Vale la pena esaminarli più nel dettaglio.

a) *Universalità*. Il requisito dell'universalità si applica con riguardo tanto ai problemi normativi quanto ai problemi fattuali e, in realtà, è anche implicito nello stesso schema della giustificazione interna; detto altrimenti, la premessa maggiore – normativa – del sillogismo giudiziale deve essere un enunciato di carattere universale: per ogni x , se x è P , allora deve essere anche Q . Dunque, si tratta di un requisito di carattere logico, nel senso che, se non avessimo come premessa un enunciato normativo universale (e un enunciato fattuale che afferma che un individuo a appartiene alla classe degli x), non potremmo inferire un enunciato normativo singolare (a deve essere Q). Tuttavia, l'universalità implica qualcosa in più di questo requisito puramente logico quando si comprende che tale nozione è quella che sta alla base della cosiddetta “regola formale di giustizia” (trattare in maniera eguale gli esseri appartenenti alla medesima categoria [PEREL-

MAN 2005]); dell'imperativo categorico kantiano (la cui prima formulazione afferma che si deve agire in maniera tale da poter universalizzare la massima della propria condotta); o di una delle regole fondamentali del discorso razionale (Alexy la formula così: «Ogni parlante che applica un predicato F ad un oggetto A deve essere disposto ad applicare F anche ad ogni altro oggetto che sia simile ad A in ogni aspetto rilevante» [ALEXY 1998, 150]).

Con riguardo ai problemi normativi, universalità (nel suo senso pieno, non puramente formale) vuol dire che il criterio per costruire la premessa normativa, la *ratio decidendi*, non può essere *ad hoc*; per esempio, se nel caso C la norma N si interpreta nel senso N' ciò avviene perché questa è stata l'interpretazione fatta in passato per casi analoghi a C e, soprattutto, sarà quella che in futuro si continuerà a scegliere per la risoluzione di nuovi casi, simili a C. Ovviamente, l'accettazione del criterio (che, ripeto, pochi discuterebbero; non è né più né meno che la regola dello *stare decisis* che governa l'utilizzo dei precedenti) non impedisce che possano sorgere dubbi o disaccordi sul fatto se un determinato caso (definito da una serie di proprietà) ricada o meno in una determinata categoria generale (quella dei casi C o analoghi a C).

È importante chiarire anche che *universalità* non equivale a *generalità*. In altre parole, l'universalità non ha a che fare con il grado di generalità della norma. Una norma molto specifica (applicabile a pochissimi casi) può (deve) essere applicata in maniera universale e, per questo motivo, decidere secondo criteri di equità vuol dire andare contro la generalità di una norma (introdurre un'eccezione per evitare una cattiva conseguenza) non contro la sua universalità. Si tratta di qualcosa che era già chiaro ad Aristotele quando affermava che l'equo è giusto (e la giustizia è una relazione di uguaglianza), ma non nel senso della legge quanto piuttosto in quello di una sua rettifica.

Il requisito di universalità si applica anche a problemi di tipo fattuale. Nella giustificazione esterna della premessa fattuale deve figurare anche un enunciato di tipo universale, sebbene lo stesso sia di carattere probabilistico. Ad esempio, la premessa potrà essere un enunciato che stabilisce che se si danno X, Y, Z (i fatti del presente considerati veri: i fatti probatori), allora è probabile che si sia verificato un altro fatto del passato, P (il fatto che si deve provare). Il requisito di universalità richiederebbe che questa premessa di tipo probabilistico si utilizzerà anche in tutti i casi in cui si diano le stesse circostanze (a meno che, chiaramente, non si tratti di una legge scientifica o una massima smentite dall'esperienza).

b) *Coerenza*. La nozione di coerenza svolge oggi un ruolo molto importante e non solamente in relazione al ragionamento giuridico; anche nell'epistemologia, nella morale o nella linguistica esistono molte teorie della coerenza. Forse per questo, a volte, nella teoria del Diritto si utilizza l'espressione in un senso molto ampio che dovrebbe comprendere tutti i criteri di giustificazione; una decisione o un ragionamento coerente equivarrebbe ad un ragionamento giustificato (e le teorie della coerenza si contrappongono a quelle deduttiviste e formaliste: quelle che non considerano le ragioni soggiacenti alle norme). Qui si utilizzerà l'espressione in un senso più ristretto; la coerenza è uno dei criteri per valutare gli argomenti, non l'unico né, tantomeno, quello decisivo.

L'idea di coerenza è legata a quella di consistenza logica ma differisce da quest'ultima in quanto la coerenza si riferisce alla compatibilità (di una decisione, di una norma o della narrazione dei fatti) con valori, principi e teorie. Per questo, mentre la consistenza (logica) è una proprietà che, semplicemente, c'è o non c'è, la coerenza è, piuttosto, una questione di grado: ad esempio, la giustificazione di una decisione può contenere qualche inconsistenza logica (risultare incompatibile con qualche norma specifica del sistema, con qualche elemento probatorio) ma, tuttavia, essere la più coerente tra quelle possibili e, di conseguenza, essere giustificata.

Si dice che una norma (o un insieme di norme) è coerente se può essere ricondotto ad una serie di principi e valori: quelli dell'ordinamento. Così, davanti a un problema interpretativo, la ragione per interpretare la norma N nel senso N' e non nel senso N'' è che N' è quella che risulta più in linea con i principi e i valori del sistema; se si vuole, con i principi e i valori interpretati in

un certo modo: nella forma che li rende più coerenti in relazione ad una certa filosofia morale e politica. È importante rendersi conto del fatto che i principi e i valori dell'ordinamento non sono esattamente la stessa cosa (o non devono interpretarsi nello stesso modo) in tutte le branche del Diritto e anche del fatto che questi principi e valori cambiano a seconda dell'ordinamento considerato (sebbene tra i sistemi giuridici degli Stati costituzionali esista un'ampia base comune), sicché la coerenza normativa (anche quella narrativa, di cui si parlerà adesso) è, fondamentalmente, un criterio contestuale.

La coerenza narrativa è ciò che consente di considerare come provato un determinato fatto, un'ipotesi fattuale, perché è quello che si adatta meglio ad una serie di fatti probatori e alle leggi scientifiche, relazioni di causalità, massime d'esperienza, ecc., che ci permettono di spiegare il mondo. Com'è più o meno ovvio, questa nozione di coerenza si trova alla base dello schema dell'abduzione: si ricordi il ragionamento di Sherlock Holmes quando "indovina" (perché questa sarebbe l'ipotesi più coerente) che il ladro del cavallo non avrebbe potuto essere un estraneo.

La nozione di coerenza è pertanto relativa (una norma, un fatto – o, se si preferisce, gli enunciati che accettano la norma o affermano il fatto –, è coerente con...) ma non è puramente formale, in quanto rimanda a massime d'esperienza, teorie scientifiche, principi, valori con determinati contenuti. Essa, inoltre, è dinamica in un doppio senso: ciò che si deve intendere per coerenza cambia quando cambiano le massime, le leggi, ecc.; ma, allo stesso tempo, se in origine (diciamo, nel tempo t_1) potevano considerarsi, ad esempio, come ugualmente coerenti, in relazione al problema P , le decisioni (in materia normativa o fattuale) D_1 e D_2 , l'aver optato per D_1 può far sì che, nel tempo t_2 , il criterio incorporato in D_2 non sia più coerente per risolvere problemi di questo tipo.

Infine, la coerenza non è ciò che giustifica le due forme dell'argomentare più caratteristiche del Diritto (e forse non solo del Diritto) quando ci troviamo in situazioni in cui non si tratta solamente di dedurre, cioè quando nelle premesse non possediamo tutte le informazioni necessarie e sufficienti per arrivare alla conclusione. Se le informazioni di partenza sono insufficienti (esiste una lacuna), argomentare vuol dire aggiungere nuove informazioni e questo è il modo in cui può intendersi l'analogia (in un senso ampio, che include gli argomenti *a pari*, *a fortiori* e *a contrario*: in quest'ultimo caso si rifiuta l'utilizzo dell'analogia ma anche questo vuol dire aggiungere informazioni); se sono contraddittorie, invece, si tratta di eliminare una parte delle informazioni: a questo serve, ad esempio, l'argomento *ad absurdum*. Nell'argomento *ad absurdum* si elimina un frammento di informazione (per esempio, una determinata interpretazione normativa) per evitare l'incoerenza; nell'analogia ciò che si fa è aggiungere informazioni, innovare (creando una nuova norma o ampliando il senso di una norma già esistente), preservando, tuttavia, i tratti distintivi del sistema, la sua coerenza.

c) *Adeguamento alle conseguenze*. Mentre la coerenza guarda al passato (nel caso della coerenza normativa, al sistema giuridico, alle norme stabilite; nel caso della coerenza narrativa, all'esperienza accumulata in passato) il criterio delle conseguenze si concentra sul futuro. Per questo, gli argomenti di coerenza sono tanto importanti nel ragionamento giudiziale, mentre nel ragionamento legislativo e in quello degli avvocati svolgono, piuttosto, la funzione di stabilire un limite. In questi ultimi, infatti, ciò che è fondamentale sono gli argomenti consequenzialisti: ciò che giustifica l'emanazione di una norma con un determinato contenuto o l'elaborazione di una determinata strategia difensiva o accusatoria è la conseguenza che essa produrrà.

Le conseguenze vengono prese in considerazione in relazione a questioni normative ed anche (se si vuole, indirettamente) a questioni fattuali. Nei casi dubbi, una ragione per non considerare provato che X ha ucciso Y può essere la conseguenza che ciò potrebbe comportare per X ; come si può notare, questa è una caratteristica che separa il ragionamento in materia di fatti di carattere giuridico da quello che si realizza in ambiti in cui contano solamente scopi epistemologici: verificare ciò che è successo. Il criterio delle conseguenze implica che nel Diritto (nel ragionamento giudiziale) le ragioni finaliste (come sottospecie delle ragioni sostanziali; l'altra sottospecie è co-

stituita dalle ragioni di correttezza) svolgano un ruolo che può essere maggiore o minore a seconda del sistema giuridico (la tradizione giuridica) in questione o della concezione del Diritto a cui si aderisca.

Una maniera (ristretta) di interpretare il criterio delle conseguenze è farlo in termini di efficienza economica. Una decisione giudiziale giustificata (rispettosa dei limiti stabiliti dal Diritto) sarà quella che contribuisce maggiormente alla massimizzazione della ricchezza sociale, intesa in termini di soddisfazione delle preferenze degli individui. Uno dei criteri da utilizzare per farlo è quello dell'ottimizzazione in termini paretiani, secondo cui una distribuzione di risorse è superiore all'altra (deve essere preferita) se nessuno vede peggiorata la propria situazione e c'è almeno qualcuno che la migliora. Questo criterio si può applicare solamente in casi molto eccezionali alle decisioni giudiziali dal momento che, come conseguenza delle stesse, capiterà quasi sempre che qualcuno (una delle parti) subisca una perdita. Per questo, è più frequente l'utilizzo di una modifica, il criterio Kaldor-Hicks, secondo cui, sebbene vi siano vincitori e perdenti, una situazione è superiore (preferibile) all'altra se nella prima le vincite degli uni permettono di compensare le perdite degli altri. Tuttavia, l'efficienza economica (su cui si basa l'analisi economica del Diritto) è un criterio problematico che, in termini generali, non può ritenersi decisivo: la sua applicazione può risultare complessa e richiedere conoscenze e informazioni che, solitamente, i giudici non hanno; non può essere utilizzato allo stesso modo in tutte le branche del Diritto (in alcune, per esempio nel Diritto tributario, gli si potrebbe riconoscere un ruolo centrale ma in altre, come il Diritto penale, potrebbe svolgere – se proprio deve – una funzione residuale); esistono molti altri obiettivi – oltre la massimizzazione della ricchezza – che devono considerarsi nella giustificazione di una decisione giudiziale; le ragioni finaliste (quelle economiche sono una sottoclasse di queste ultime) non possono prevalere, almeno in termini generali, davanti alle ragioni di correttezza.

d) *Morale sociale*. Nelle norme giuridiche si fa talvolta ricorso alla morale sociale (a nozioni – valori – caratteristici della morale sociale); in questi casi, l'utilizzo di questo criterio per valutare le decisioni giudiziali non solleva dubbi (anche se, ovviamente, può risultare discutibile se il giudice abbia interpretato bene il relativo criterio di moralità sociale). Ciò che sembrerebbe più discutibile è se tale criterio possa utilizzarsi (se possiede forza giustificativa) quando le norme del Diritto positivo non lo hanno previsto, vale a dire se nei casi difficili, quando si tratta di scegliere tra l'una e l'altra interpretazione a proposito di un determinato concetto valutativo (ad esempio, come intendere la libertà o i limiti della libertà), i giudici debbano decidere conformemente all'opinione maggioritaria delle persone, debbano seguire (utilizzare come premessa del proprio ragionamento) il modello disegnato dalla morale sociale e non l'opinione che essi, in quanto individui, ritengono preferibile.

Ebbene, sembra fuori di dubbio che i criteri di moralità sociale debbano avere un peso nell'argomentazione (nella valutazione dell'argomentazione) giudiziale. Il giudice non deve essere indifferente alle (o contraddire le) convenzioni sociali, come potrebbe esserlo, poniamo il caso, un individuo che argomenta a proposito di qualche questione con connotazioni morali. Il giudice occupa una determinata posizione istituzionale e ciò presuppone alcuni limiti quanto al tipo di ragioni che può utilizzare e alla loro portata. Optare (sempre entro certi limiti) per la morale sociale rende più facile, tra le altre cose, che la sua decisione sia persuasiva e questo, come detto in precedenza, è un elemento importante della motivazione giudiziale. Inoltre, i criteri socialmente maggioritari sembrano essere vincolati all'idea di democrazia: decidere ciò che la maggioranza preferirebbe sembra un salutare esercizio democratico, particolarmente importante per coloro che – come i giudici, salvo eccezioni – non sono stati eletti per occupare la propria carica mediante procedimenti democratici. Infine, gli scettici in materia morale pensano solitamente che la forma migliore per limitare la necessaria discrezionalità dei giudici sia esattamente questa: optare per i giudizi di valore socialmente predominanti.

Questa soluzione, tuttavia, non è pienamente soddisfacente per varie ragioni: 1) può capitare che non sia facile sapere qual è l'opinione maggioritaria rispetto ad una determinata questione o che, semplicemente, non esista un'opinione chiaramente maggioritaria. 2) Non si può escludere la possibilità che tali opinioni, pur essendo maggioritarie, siano espressione di pregiudizi che si pongono in contrasto con i valori specifici dell'ordinamento; in molte società possono predominare o avere un grande seguito, per esempio, opinioni xenofobe o contrarie ai principi del garantismo penale, contenuti in tutte le costituzioni contemporanee. 3) Il ricorso alla democrazia, all'opinione della maggioranza, da parte degli scettici o dei relativisti morali, non sembra del tutto giustificato: se non esistono criteri oggettivi in materia morale non potrà di certo esserlo quello basato sulla democrazia, sull'opinione della maggioranza. 4) Le costituzioni contemporanee (ad esempio, quella italiana) includono un codice morale (riflesso nelle dichiarazioni dei diritti) che non è semplicemente la morale stabilita; il Diritto non offre ragioni ultime di carattere giustificativo e non può farlo di certo la morale sociale: i criteri ultimi di giustificazione dei ragionamenti giuridici (giudiziali) devono prendere le mosse da una morale razionalmente giustificata che, pertanto, in alcune occasioni può non coincidere con la morale sociale.

e) *Morale giustificata*. Quanto detto finora sembra avallare l'utilizzo (almeno in alcuni casi) di criteri derivanti da una morale giustificata per valutare un'argomentazione giudiziale. Tuttavia, di fronte a questa possibilità vengono sollevate solitamente due obiezioni: non è necessario – o non si deve – ricorrere a questo tipo di criteri; non è possibile farlo.

La prima obiezione si collega ad uno dei dogmi del positivismo (del positivismo metodologico): la necessità di mantenere una separazione concettuale tra il Diritto e la morale. Il Diritto deve (o deve poter) identificarsi senza ricorrere a criteri morali. Alcuni positivisti (RAZ 1994, 201-237) pensano che ciò sia compatibile con la tesi per cui, quando si tratta di ragionare secondo Diritto (non quando si tratta di identificarlo), il giurista (il giudice) possa allontanarsi dal contenuto del Diritto per soddisfare ragioni morali; è una maniera di includere, come criterio di valutazione dei ragionamenti giudiziali, le ragioni di una morale giustificata, anche se risulta piuttosto strano e contraddittorio rispetto a quelle che sembrano essere le "intuizioni" dei giuristi e delle persone normali. Altri (i "positivisti inclusivi") direbbero che il ricorso alla morale è ammissibile solamente se la regola di riconoscimento del sistema fa riferimento (per identificare il Diritto) a concetti morali come, di fatto, succede nel caso di tutte le costituzioni contemporanee: "libertà", "uguaglianza", "dignità umana", ecc. Il problema che si pone, dunque, è quello di come interpretare questi concetti: se bisogna farlo mantenendosi nell'ambito del Diritto o se è possibile attingere a criteri esterni e, in quest'ultimo caso, se devono essere quelli dettati dalla morale sociale o altri. In realtà, quest'approccio presuppone che si possa sempre distinguere con chiarezza il Diritto dalla morale (i criteri "interni" e quelli "esterni") e ciò non sembra essere vero. Per certi aspetti, i confini tra Diritto e morale sono semplicemente fluidi o impossibili da tracciare. Pur accettando la regola di riconoscimento come criterio di identificazione del Diritto, le ragioni per cui un giurista (un giudice) accetta tale regola non possono essere altro che morali (basate su una morale giustificata) e ciò non può non avere conseguenze sul suo ragionamento giustificativo; anche nei casi facili, tanto la premessa normativa quanto quella fattuale riposano, in ultima analisi, sull'accettazione da parte del giudice di seguire i criteri dell'ordinamento giuridico (di obbedire al Diritto), ossia di una premessa ultima di natura morale. E quando si tratta di interpretare i concetti valutativi, morali, della Costituzione (come quelli indicati in precedenza), sembra evidente che non si possa fare altro che ricorrere a qualche filosofia morale e politica. Qui la differenza sembra radicarsi nel fatto che il riferimento alla morale sia più o meno esplicito, che si sia o meno (o più o meno) coscienti di ciò che si fa.

Per questo motivo, la seconda e più importante obiezione è la seguente: qual è la morale giustificata, la morale a cui deve riferirsi il giudice? Ne esiste qualcuna? Se non fosse così, come pensano alcuni positivisti (non tutti) e i difensori delle teorie critiche del Diritto, non resterebbe

altro che riconoscere che nell'argomentazione giudiziale esiste una componente (più o meno ampia) di carattere irrazionale o arazionale, la quale non può certo essere utilizzata come criterio di valutazione. Questa conclusione non pare, tuttavia, inevitabile. Nella filosofia morale esistono diverse proposte di teorie etiche – di etica normativa – che sostengono (con diversa intensità) l'oggettivismo morale e che, di conseguenza, potrebbero essere adatte a svolgere questa funzione: fornire un metodo per scoprire la morale corretta. A mio avviso, la posizione più adeguata è quella del cosiddetto costruttivismo o proceduralismo morale, in una versione per certi versi simile a quelle sottoscritte da Rawls, Habermas o Nino che, a grandi linee, sono coincidenti. Si basano tutte, infatti, sull'idea che i principi di una morale giustificata sarebbero quelli a cui giungerebbe per consenso un insieme di agenti che discutono rispettando alcune regole più o meno idealizzate. I criteri per valutare i ragionamenti giudiziari rimandano, pertanto, all'argomentazione razionale. È importante, inoltre, chiarire che difendere una posizione oggettivista della morale non equivale a difendere l'assolutismo morale; l'oggettivista sostiene che i giudizi morali includono una pretesa di correttezza ma sono aperti alla critica, alla discussione razionale e, pertanto, possono essere modificati, non sono assoluti. Inoltre, la pretesa di correttezza dei giudizi morali non si identifica con la pretesa di verità dei giudizi scientifici; l'oggettività morale è analoga ma non equivalente a quella scientifica. Nessuno pretende che esistano criteri di verificabilità e falsificabilità delle teorie morali uguali a quelli che si applicano alle teorie scientifiche o comunque non è necessario che esistano al fine di sostenere l'oggettivismo morale; il fatto che esistano criteri oggettivi per determinare quando una proposizione morale è più o meno corretta non presuppone necessariamente che esistano “fatti morali”: oggettivismo morale non equivale a realismo morale.

5. *La ragionevolezza nel diritto*

Sebbene esistano criteri, criteri oggettivi come quelli menzionati, ciò non vuol dire che attingendo ad essi si possano risolvere tutti i problemi di valutazione delle argomentazioni giuridiche; in particolare, dei ragionamenti giudiziari. Non sono sufficienti (non sempre) perché alcuni di essi possono risultare di difficile applicazione, discutibili in alcuni dei loro punti, eccessivamente indeterminati, ecc. Inoltre, perché è possibile che tra gli stessi sorgano contraddizioni, ovvero che non sia possibile (in qualche caso) soddisfarli tutti. I precedenti criteri sono presentati in maniera tale che sembrerebbe che gli ultimi, o l'ultimo, godano di una certa priorità rispetto ai primi; ciò consentirebbe di risolvere in maniera più o meno automatica queste contraddizioni. Tuttavia, non è così. È possibile, ad esempio, che una ragione di morale sostanziale (di morale giustificata) debba cedere il passo a ragioni di carattere istituzionale. Può sembrare paradossale, ma il paradosso si dissolve se si considera che l'argomentazione giustificativa si svolge su più livelli: ad un primo livello, esiste un conflitto tra ragioni (tra una ragione morale e una istituzionale), che si risolve, ad un secondo livello, dando la priorità a quella di carattere istituzionale. La ragione di secondo livello è (deve essere) di tipo morale e ciò corrisponde alla tesi della supremazia della morale che regge il ragionamento pratico e, pertanto, quello giuridico. Tuttavia, supremazia della morale non vuol dire imperialismo della morale. In altri termini, l'unità della ragion pratica non comporta che il ragionamento giudiziale si risolva semplicemente nel ragionamento morale; la motivazione di una sentenza giudiziale include necessariamente una componente morale, ma il giudice non è un ragionatore morale e basta; nel ragionamento giudiziale (e, in generale, in quello giuridico) gli aspetti istituzionali svolgono, ovviamente, un ruolo essenziale.

Ad ogni modo, l'insufficienza dei criteri prima elencati per risolvere tutti i problemi di valutazione può interpretarsi come un richiamo all'idea di ragionevolezza. Ebbene, di “ragionevolezza” può parlarsi in vari modi. Nella sua accezione più generale, si applica a qualsiasi decisione giudiziale (giuridica), dal momento che la ragionevolezza stabilisce, semplicemente, il limite del

giustificabile, del giuridicamente accettabile; anche la decisione più semplice, più indiscutibile, deve essere ragionevole: la ragionevolezza – diciamo – è qualcosa in più rispetto alla razionalità in senso stretto, sebbene, talvolta, agire – decidere – in maniera ragionevole voglia dire semplicemente farlo in maniera strettamente razionale. Ma, in senso stretto, la ragionevolezza entra in gioco unicamente rispetto a determinate decisioni, a certe argomentazioni. In altri termini, la necessità di essere ragionevole (a volte è richiesta esplicitamente dal Diritto stesso) si pone quando, in relazione a una questione, sembra esistere, in principio, un certo margine per decidere in una maniera o nell'altra. È quello che può succedere quando si tratta di valutare due giustificazioni giudiziali di segno opposto, su un medesimo caso; nessuna delle due – immaginiamo – commette errori inferenziali, rinuncia ad utilizzare il sistema di fonti stabilito, ricorre a canoni interpretativi stravaganti o risulta incoerente in relazione a qualche interpretazione (più o meno plausibile) dei valori dell'ordinamento. È anche possibile che chi argomenta in una delle due direzioni non attribuisca il disaccordo dell'altro argomentatore a ignoranza o mala fede ma, semplicemente, al fatto che egli non condivide i suoi stessi valori; d'altronde, essere ragionevole vuol dire esattamente assumere un atteggiamento di questo tipo, un atteggiamento tollerante e aperto nei confronti dell'altro. Ciò non implica, comunque, una rinuncia all'oggettività, ossia accettare che entrambe le posizioni siano ugualmente giustificabili, ragionevoli. In qualche caso potrebbe verificarsi questa situazione di pareggio ma non è ciò che avviene normalmente e, di solito, solamente una delle due posizioni potrà ritenersi ragionevole (o, se si vuole, la più ragionevole): quella che riesce, date le circostanze del caso, a soddisfare nella maggior misura possibile i requisiti finora presentati, considerando il peso relativo di ognuno di essi (ad esempio, sarebbe irragionevole insistere sulla necessità di interpretare in senso eccessivamente letterale una determinata norma quando il suo tenore non impedisce un'altra interpretazione che potrebbe evitare di erodere un valore di importanza considerevole, ecc.). Questa nozione di ragionevolezza coincide, in realtà, con quella di efficienza, intesa in un senso assolutamente generale: come bilanciamento adeguato tra i costi e i benefici calcolati nel momento in cui si assume una determinata decisione. È questo ciò che Alexy intende per principio di proporzionalità: a suo avviso, infatti, si tratta del principio più basilare del ragionamento giuridico (una sorta di metaprincipio) che si suddivide, a sua volta, in tre sotto-principi: quello di idoneità e quello di necessità (che si riferiscono all'ottimizzazione in relazione alle possibilità fattuali), e quello di proporzionalità in senso stretto o ponderazione (ottimizzazione in relazione alle possibilità normative). Coincide anche con l'idea dworkiniana secondo cui tutti dovrebbero essere trattati con eguale considerazione e rispetto, idea che potrebbe interpretarsi nel senso che, nei limiti stabiliti dal Diritto, le decisioni giudiziali devono soddisfare, nella maggior misura possibile, questo valore.

Oltre a questa idea di equilibrio, di bilanciamento tra esigenze contrapposte, la nozione di ragionevolezza (in senso specifico) contiene un ulteriore elemento: quello dell'accettabilità. Una decisione ragionevole sarebbe quella che, tenuto conto di tutti gli elementi della situazione (il giudizio ragionevole è sempre un giudizio olistico), riesce a raggiungere un'articolazione ottima tra le esigenze contrapposte, risultando altresì accettabile. L'accettabilità non può intendersi qui semplicemente come accettazione di fatto (per le ragioni esposte a proposito del criterio della moralità sociale), ma risulterebbe ugualmente inutile appellarsi ad un mero consenso razionale (o l'accettazione da parte di qualche entità che discorra monologicamente, come lo spettatore imparziale o il giudice Ercole). Si tratta, piuttosto, di trovare un equilibrio tra queste due idee di consenso: chi argomenta ragionevolmente si sforza di trovare punti di accordo reali che possano fungere da base per raggiungere un nuovo accordo, ovvero per passare dall'accettato all'accettabile. E quindi argomenterebbe così: “posto che siamo d'accordo su X, dovremmo esserlo anche su Y”. Inoltre, dovrebbe seguire una strategia “dal basso verso l'alto”, evitando, per quanto possibile, che il discorso giustificativo raggiunga livelli troppo profondi, in cui vengono colpiti i valori più fondamentali e risulta più difficile ottenere un consenso.

6. *Un caso pratico: analisi e valutazione della sentenza Sez. Un. civ., 09/09/2021, n. 24414**

6.1. *Analisi*

1. Il professor C.F., docente presso un Istituto professionale, aveva a più riprese manifestato la propria disapprovazione verso la presenza del crocifisso in un'aula scolastica. Gli alunni, riuniti in assemblea, avevano deciso di mantenere il simbolo durante tutte le ore di lezione. Nonostante ciò, il professore, reclamando il rispetto della propria libertà religiosa e di insegnamento, rimuoveva sistematicamente il crocifisso dalla parete dell'aula all'inizio della propria lezione per poi riappenderlo al termine della stessa. Prendendo atto della decisione degli studenti e dell'insistenza del professore nel rimuovere il crocifisso, il dirigente scolastico emanava una circolare in cui si richiamavano tutti i docenti al dovere di rispettare la volontà espressa dagli studenti e un ordine di servizio con cui si impartiva la disposizione che il simbolo fosse fissato stabilmente alla parete, diffidando al contempo il professor C.F. dal rimuoverlo. Non avendo il professore rispettato l'ordine di servizio, la Direzione scolastica avviava un procedimento disciplinare nei suoi confronti, irrogandogli la sanzione della sospensione dall'insegnamento per trenta giorni. Il professore provvedeva ad impugnare sia l'ordine di servizio che il provvedimento della Direzione scolastica dinanzi al Tribunale di Terni, sezione lavoro, che respingeva le domande del ricorrente. Anche il gravame veniva respinto dalla Corte d'appello di Perugia. La questione giungeva, dunque, dinanzi alla Corte di Cassazione. La Sezione lavoro, prospettando una questione di massima di particolare rilevanza, rimetteva gli atti al Primo Presidente che ne disponeva l'assegnazione alle Sezioni Unite.

2. Il problema che le Sezioni Unite devono affrontare riguarda la compatibilità tra l'ordine di esposizione del crocifisso, impartito dal dirigente scolastico sulla base di una delibera assunta a maggioranza dall'assemblea di classe degli studenti, e la libertà di insegnamento e di coscienza del professore.

3. La soluzione del problema, secondo i giudici delle Sezioni Unite, dipende da tre questioni:

3.1. Se la circolare del dirigente scolastico che richiama tutti i docenti della classe al dovere di rispettare la volontà degli studenti, espressa a maggioranza in assemblea, di vedere esposto il crocifisso nella propria aula possa considerarsi legittimo. La risposta della Corte è no e, dunque, l'atto deve considerarsi illegittimo. Le ragioni addotte dalla Corte sono, fondamentalmente, le seguenti:

3.1.1. Il R.D. 30 aprile 1924 n. 965, art. 118, che stabilisce che «Ogni istituto» di istruzione media «ha la bandiera nazionale; ogni aula, l'immagine del Crocifisso e il ritratto del Re» è applicabile anche alle scuole medie superiori e può essere interpretato in maniera conforme alla Costituzione;

3.1.2. Il mutato quadro ordinamentale fa venire meno l'esistenza di una religione di Stato e valorizza il principio di laicità e quello di libertà religiosa;

3.1.3. Il crocifisso è un simbolo religioso;

3.1.4. L'obbligo di esporre il crocifisso è incompatibile con il principio di laicità in quanto esprime una scelta confessionale da parte dello Stato;

3.1.5. Tale obbligo contrasta con la libertà religiosa tanto nella sua dimensione positiva (non ne è esplicitazione) tanto nella sua dimensione negativa (comprimendola);

* Ringrazio Angelo Abignente per aver dedicato tempo ed attenzione a questo lavoro di analisi e valutazione critica della sentenza. Le sue osservazioni critiche e i suoi suggerimenti sono stati preziosi.

3.1.6. L'assenza di un obbligo di esposizione del crocifisso non implica un divieto di esposizione dello stesso perché il principio di laicità previsto dal nostro ordinamento è inclusivo, la scuola pubblica è un luogo che favorisce l'inclusione promuovendo l'incontro di più culture e religioni, e inoltre il crocifisso è anche simbolo delle radici culturali della nostra società;

3.1.7. Tra l'obbligo e il divieto di esposizione del crocifisso è preferibile la soluzione dell'accomodamento ragionevole, già favorita dalla giurisprudenza straniera (Tribunale federale tedesco e svizzero) e raggiungibile interpretando evolutivamente ed estensivamente il R.D. del 1924;

3.1.8. La soluzione dell'accomodamento ragionevole valorizza l'art. 118 Cost. (in particolare, quello della sussidiarietà orizzontale), affidando la scelta sull'esposizione del crocifisso all'autonomia delle istituzioni scolastiche;

3.1.9. Affidando la decisione a ciascun istituto (e, in particolare, alle circolari dei dirigenti scolastici che devono limitarsi a recepire quanto deciso nei consigli di classe nella composizione allargata docenti/alunni) viene evitata sia una decisione basata sulla semplice applicazione della regola della maggioranza sia un potere di veto illimitato concesso al singolo, perché si privilegia un "approccio dialogante";

3.1.10. Il crocifisso è un simbolo passivo;

3.1.11. Nel caso di specie, la circolare del dirigente non ha ricercato un ragionevole accomodamento con la posizione manifestata dal professore, proponendo soluzioni alternative come, ad esempio: 1) affissione di altri simboli, oltre al crocifisso; 2) diversa collocazione spaziale del crocifisso; 3) spostamento momentaneo del crocifisso durante l'orario di lezione del professore.

3.2. Se la sanzione disciplinare irrogata al docente possa o meno considerarsi legittima. La risposta della Corte è che la sanzione disciplinare deve considerarsi invalida perché:

3.2.1. La circolare del dirigente scolastico è illegittima (3.1.) e tale illegittimità travolge la sanzione disciplinare applicata per la reiterata inosservanza dell'ordine di servizio con essa impartito.

3.3. Se l'ordine di servizio emanato dal dirigente scolastico integri o meno una forma di discriminazione nei confronti del professore per motivi legati alla libertà religiosa e di insegnamento. La Corte ritiene che non vi sia stata alcuna forma di discriminazione nei confronti del professore perché:

3.3.1. Recependo la volontà espressa dall'assemblea degli studenti in ordine alla presenza del simbolo, il dirigente scolastico non ha connotato in senso religioso l'esercizio della funzione pubblica di insegnamento;

3.3.2. Il crocifisso è un simbolo passivo e quindi non evidenzia un nesso confessionale tra insegnamento e valori del cristianesimo;

3.3.3. La presenza del crocifisso non ha creato problemi ad altri alunni di religione musulmana e provenienti dall'Europa orientale;

3.3.4. Il sistema educativo della scuola pubblica italiana è pluralista;

3.3.5. Lo svolgimento della funzione di insegnamento è contrassegnato dal contesto di comunità e dalla esistenza di una relazione dialogante;

3.3.6. La percezione soggettiva del ricorrente non può da sola essere sufficiente a concretizzare la «situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone» cui fa riferimento il D.Lgs. n. 216 del 2003, art. 2, comma 1, lett. b), nel definire la c.d. "discriminazione indiretta";

3.3.7. Se la natura di simbolo passivo del crocifisso esclude che possa risulterne influenzato l'alunno, ciò vale a maggior ragione per il docente, ossia una persona matura e dotata di spirito critico;

3.3.8. L'affissione del crocifisso non ostacola il docente nell'esercizio di alcuna delle sue libertà, anche quella di criticare, nelle forme legittime, il simbolo davanti alla classe;

3.3.9. La «situazione di particolare svantaggio» non equivale ad un mero fastidio o disaccordo sul piano culturale;

- 3.3.10. Le convinzioni personali dell'insegnante restano tali e non sono minacciate in ragione della presenza di quelle altrui e dalle rappresentazioni simboliche che di esse facciano gli studenti;
- 3.3.11. L'affissione del crocifisso è il risultato dell'esercizio del diritto fondamentale di libertà di coscienza degli studenti che il docente è chiamato a tollerare;
- 3.3.12. La circolare e l'ordine di servizio non pongono, dunque, il docente in una situazione di particolare svantaggio perché la libertà di insegnamento e quella di professare liberamente le proprie convinzioni non risultano per nulla incisi, influenzati o menomati.

4. Come conseguenza delle precedenti argomentazioni, la Corte:

4.1. Stabilisce i seguenti principi di diritto:

- a) In base alla Costituzione repubblicana, ispirata al principio di laicità dello Stato e alla salvaguardia della libertà religiosa positiva e negativa, non è consentita, nelle aule delle scuole pubbliche, l'affissione obbligatoria, per determinazione dei pubblici poteri, del simbolo religioso del crocifisso.
- b) Il R.D. n. 965 del 1924, art. 118, che comprende il crocifisso tra gli arredi scolastici, deve essere interpretato in conformità alla Costituzione e alla legislazione che dei principi costituzionali costituisce svolgimento e attuazione, nel senso che la comunità scolastica può decidere di esporre il crocifisso in aula con valutazione che sia frutto del rispetto delle convinzioni di tutti i componenti della medesima comunità, ricercando un "ragionevole accomodamento" tra eventuali posizioni difformi.
- È illegittima la circolare del dirigente scolastico che, nel richiamare tutti i docenti della classe al dovere di rispettare e tutelare la volontà degli studenti, espressa a maggioranza in una assemblea, di vedere esposto il crocifisso nella loro aula, non ricerchi un ragionevole accomodamento con la posizione manifestata dal docente dissenziente.
- c) L'illegittimità della circolare determina l'invalidità della sanzione disciplinare inflitta al docente dissenziente per avere egli, contravvenendo all'ordine di servizio contenuto nella circolare, rimosso il crocifisso dalla parete dell'aula all'inizio delle sue lezioni, per poi ricollocarlo al suo posto alla fine delle medesime.
- d) Tale circolare, peraltro, non integra una forma di discriminazione a causa della religione nei confronti del docente, e non determina pertanto le conseguenze di natura risarcitoria previste dalla legislazione antidiscriminatoria, perché, recependo la volontà degli studenti in ordine alla presenza del crocifisso, il dirigente scolastico non ha connotato in senso religioso l'esercizio della funzione pubblica di insegnamento, né ha condizionato la libertà di espressione culturale del docente dissenziente.

4.2. Cassa con rinvio la sentenza della Corte d'appello di Perugia che dovrà uniformarsi a tali principi di diritto.

6.2. Schema

2.

(l'ordine di esposizione del crocifisso, impartito dal dirigente scolastico sulla base di una delibera assunta a maggioranza dall'assemblea di classe degli studenti, è compatibile con la libertà di insegnamento e di coscienza del professore?)

3.1. (È legittima la circolare del dirigente scolastico che richiama tutti i docenti della classe al dovere di rispettare la volontà degli studenti, espressa a maggioranza in assemblea, di vedere esposto il crocifisso nella propria classe?)

3.2. (È legittima la sanzione disciplinare della sospensione di trenta giorni irrogata al docente?)

3.3. (È discriminatorio della libertà religiosa e di insegnamento del docente l'ordine di servizio con cui il dirigente scolastico impone l'affissione del crocifisso, diffidando chiunque dal rimuoverlo?)

3.1.1.
3.1.2.
3.1.3.
3.1.4.
3.1.5.
3.1.6.
3.1.7.
3.1.8.
3.1.9.
3.1.10.
3.1.11.

3.2.1.

3.1.
3.2.
3.3.
3.4.
3.5.
3.6.
3.7.
3.8.
3.9.
3.10.
3.11.
3.12.

NO

NO

NO

4.1. Stabilisce i principi di diritto a), b), c), d)
4.2. Cassa con rinvio alla Corte d'Appello che dovrà decidere sulla base di tali principi

6.3. Valutazione

La sentenza n. 24414 del 9 settembre 2021 affronta una quantità immensa (e forse abnorme) di questioni. Origina, com'è ovvio, da una fattispecie dalle caratteristiche estremamente peculiari⁸, ma viene sfruttata dagli ermellini per ritornare sull'annoso problema dell'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche. In effetti, alle Sezioni Unite veniva richiesto di pronunciarsi sulla più circoscritta questione circa la compatibilità tra l'ordine di esposizione del crocifisso contenuto nella circolare emanata da un dirigente scolastico "in attuazione" di una delibera assembleare degli studenti e la libertà religiosa e d'insegnamento di un docente. Questione, forse, mal posta⁹ – per i motivi che a breve si illustreranno – ma, certamente, foriera di ben pochi fraintendimenti. I giudici delle SS.UU., invece, colgono l'occasione per redigere una di quelle "sentenze-trattato" che le pur ben avvertite esigenze di semplificazione tenderebbero ad osteggiare¹⁰.

La *prima linea argomentativa*, elaborata per sostenere l'illegittimità della circolare emanata dal dirigente scolastico, si apre con la ricostruzione del quadro normativo italiano in materia di esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche. In particolare, viene preso in considerazione il R.D. 30 aprile 1924, n. 965, che all'art. 118 *prescrive* la presenza del crocifisso (insieme al ritratto del re!) tra gli arredi delle aule scolastiche (3.1.1.)¹¹. Ritenendo la disciplina regolamentare ancora formalmente *in vigore*, nonché *applicabile* anche alle scuole superiori¹², la Corte affronta la questione della sua compatibilità con il mutato quadro ordinamentale (3.1.2.).

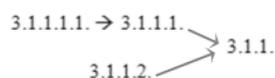
⁸ La dottrina non ha mancato di notare che mai, prima di questa occasione, fosse stato un professore a contestare l'affissione del crocifisso in un'aula scolastica (TOSCANO 2020; TOSCANO 2021; COLAIANNI 2021; LICASTRO 2021).

⁹ Come fa notare TOSCANO (2020, 890-891), «il Collegio individua il *thema* riferendolo innanzitutto alla necessità di pronunciarsi sul bilanciamento, in ambito scolastico, tra due libertà: da una parte, "la libertà di insegnamento"; dall'altra, "il rispetto della coscienza civile e morale degli alunni», senza considerare che «nella fattispecie esaminata non pare potersi riscontrare una contrapposizione tra due libertà, così netta ed evidente come quella descritta in ordinanza, quanto piuttosto la compressione certa di una libertà – quella del docente – in forza di controinteressati che non è altrettanto facile individuare».

¹⁰ Basta leggere il resoconto dell'incontro svoltosi nell'Aula Magna della Corte di Cassazione l'11 ottobre del 2018 sul tema per accorgersi della centralità dell'obiettivo della semplificazione. Il report è scaricabile al link (https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/REPORT_ARGOMENTAZIONE_DECISIONI_CASSAZIONE_MANCINI.pdf).

¹¹ L'art. 118 del R.D. 30 aprile 1924, n. 965, come indicato in precedenza, stabilisce che «Ogni istituto *ha* la bandiera nazionale; ogni aula, l'immagine del crocifisso e il ritratto del Re». Il termine "*ha*" è sottinteso nella seconda proposizione e non può che interpretarsi come "deve avere". È forse opportuno ricordare che l'utilizzo della forma indicativa in un testo normativo è piuttosto diffusa ma non implica una rinuncia alla prescrizione: «la forma imperativa e deontica» – come scrive GUASTINI (2011, 28-29) «sono sì tipiche, ma per nulla necessarie agli enunciati prescrittivi».

¹² Questi due argomenti addotti dalla Corte a sostegno dell'applicabilità e dell'attuale vigore della norma non sono stati riportati nell'analisi (e, di conseguenza, nello schema) della sentenza al fine di renderla più accessibile. Si tratta, tuttavia, di due argomenti importanti. Con il primo (3.1.1.1.) la Corte aderisce alla tesi del P.M. secondo cui il R.D. sarebbe applicabile anche alle scuole medie superiori calibrando l'ambito applicativo della disposizione sul sistema scolastico vigente nel momento in cui essa fu introdotta (e superando così l'interpretazione strettamente letterale condivisa dalla Corte d'appello e dalla sezione lavoro della Cassazione secondo cui le disposizioni regolamentari si applicherebbero esclusivamente agli istituti di istruzione media, in virtù delle attuali "denominazioni" dei percorsi scolastici). L'adesione alla tesi del P.M. è, a sua volta, giustificata dalla Corte sulla base della più diffusa tesi dottrinale in materia: si tratta di un argomento a sostegno di 3.1.1.1. (dunque, 3.1.1.1.). Con il secondo, invece, la Corte ricorda che un D.L. aveva provveduto all'abrogazione del R.D., superata da un successivo decreto dello stesso anno (3.1.1.2.). È possibile aggiungere allo schema tutti questi argomenti indicandoli come segue:



Il crocifisso, sostiene la Corte, è un simbolo religioso (3.1.3.) e imporne l'affissione implicherebbe una scelta confessionale da parte dello Stato, incompatibile con i principi di laicità (3.1.4.) e con il diritto alla libertà religiosa, sia nella sua dimensione positiva che in quella negativa (3.1.5.).

Sulla base di queste premesse sarebbe stato lecito attendersi l'adesione della Corte alla proposta del P.M. di ritenere inapplicabile la disciplina regolamentare per contrasto con i principi costituzionali appena menzionati (cfr. TOSCANO 2021, 50). E invece la Corte, con una soluzione abbastanza discutibile, propone di «espungere» dal testo del R.D. l'«obbligo di esposizione del crocifisso»; in sostanza, il crocifisso nelle aule può esserci o meno. La Corte giunge a questa conclusione specificando che l'assenza di un obbligo non implica la presenza di un divieto: pertanto, l'esposizione del crocifisso sarebbe (solamente) permessa.

Il riferimento alla non sussistenza di un divieto (3.1.6.) – punto sul quale si è avvinti da una sorta di iper-fetazione argomentativa in cui la Corte ricorda, rapsodicamente, che la nostra è una “laicità inclusiva”, che la scuola è il luogo dell'inclusione per eccellenza e che, tutto sommato, il crocifisso è anche un simbolo delle nostre radici culturali –¹³ consente, in realtà, ai giudici di intraprendere la vecchia strada della norma generale esclusiva per cui «tutto ciò che non è espressamente vietato è tacitamente permesso» (GUASTINI 2017, 170-172). In altri termini, pur di non riconoscere apertamente l'esistenza di una lacuna nell'ordinamento, conseguente alla disapplicazione del regolamento e tale da giustificare una soluzione più schiettamente costruita sui principi costituzionali, la Corte decide di attaccare al respiratore una disposizione centenaria privandola, tuttavia, di qualsiasi capacità regolativa.

Per salvare le apparenze, tuttavia, la Corte attinge al *passepertout* dell'argomento evolutivo¹⁴: quello che nello Stato fascista era un obbligo di affissione del crocifisso diventa, nello Stato costituzionale di diritto, solamente una possibilità. Un'evoluzione strana, difficilmente collocabile nei casi di “obsolescenza” che solitamente giustificano il ricorso a questo tipo di argomento (PINO 2021, 155-159), che addirittura riesce a trasformare un obbligo in un permesso. Ma la Corte non si ferma qui. Sostiene, infatti, che l'art. 118 del R.D. non solo possa essere aggiornato ma anche “esteso”, consentendo, oltre l'affissione del crocifisso, anche quella di altri simboli. Sul punto va rilevato un utilizzo improprio del concetto di interpretazione estensiva. Ad essa, infatti, si ricorre quando non si sa esattamente quali fattispecie ricadano nel campo di applicazione di una determinata norma (GUASTINI 2011, 277) e qui non pare vi siano dubbi di sorta: l'art. 118 indica specificamente il crocifisso tra gli arredi scolastici per cui sembra quantomeno dubbio estenderne la portata ad altri simboli religiosi¹⁵.

Combinando queste due acrobazie interpretative con l'argomento comparatistico tratto dall'esperienza tedesca e svizzera¹⁶, la Corte arriva a riempire lo spazio creato tra l'obbligo e il divieto con la soluzione “mite” dell'*accomodamento ragionevole* (3.1.7.), «capace di soddisfare» – scrivono i giudici – «le diverse posizioni nella misura concretamente possibile, in cui tutti con-

¹³ Sulla scarsa persuasività dell'ultimo di questi argomenti basta riprendere uno dei passaggi del commento di MORELLI (2006, 2) alla sentenza n. 556/2006 del Consiglio di Stato: «Il riconoscimento di un significato più ampiamente culturale al simbolo del crocifisso non è sufficiente [...] ad escluderne il valore religioso ed, anzi, concorre con questo in modo indissolubile a definirne il contenuto semantico complessivo. Pertanto, assumendo il crocifisso come simbolo identitario dello Stato, si finisce inevitabilmente con il porre un'equazione tra italianità e cristianità, sostenibile certo nelle sedi politiche e culturali adeguate, ma non immediatamente traducibile sul piano del diritto positivo, se non a discapito dell'ispirazione pluralistica, laica e, quindi, in definitiva, democratica dell'ordinamento vigente».

¹⁴ Non a caso, scrive PINO (2021, 305), «È proprio quando è necessario forzare decisamente, o superare, la lettera della legge, per adeguarla ad una nuova realtà, che» l'argomento evolutivo «assume pregnanza».

¹⁵ L'interpretazione estensiva (analogamente a quella restrittiva) è una tecnica utilizzata «qualora il significato letterale di una disposizione normativa [...] non corrisponde all'intenzione del legislatore»; nello specifico, il legislatore ha detto meno di quanto avrebbe dovuto (CANALE, TUZET 2014, 151). È evidente che, anche seguendo questa accezione più tradizionale, essa non si adegua al caso di specie.

¹⁶ Sull'argomento comparatistico in generale si veda CANALE 2016. Sull'utilizzo che ne fa la Corte v. ALICINO 2022.

cedono qualcosa facendo, ciascuno, un passo nella direzione dell'altro» (par. 19). Tra le ragioni offerte a sostegno di questa soluzione, assume un peso piuttosto rilevante quella dell'autonomia delle singole istituzioni scolastiche (3.1.8.)¹⁷ perché

«proprio la comunità che si raccoglie nella singola aula appare quella maggiormente in grado di scegliere e di decidere: di valutare se esporre il crocifisso, tenendo conto delle singole sensibilità e delle effettive richieste degli utenti del servizio scolastico; di costruire una consapevolezza del significato dell'esposizione del crocifisso: di eventualmente accompagnarne la presenza con l'affissione di simboli di altre fedi religiose o di altre convinzioni ideali o filosofiche presenti nella classe; di ricercare un ragionevole accomodamento con il più ampio consenso possibile» (par. 14.1)

La scelta della Corte di confidare nel ruolo delle istituzioni scolastiche è dettata soprattutto dalla loro prossimità alle “sensibilità” e alle “effettive richieste” di alunni e docenti. Una scelta che appare, tutto sommato, ragionevole, configurando una sorta di margine di apprezzamento in tono minore che rende la scuola l'ultimo di una serie di cerchi concentrici disegnati per risolvere il rebus del crocifisso nelle classi¹⁸.

Seppur dettata da nobili intenti, tuttavia, la soluzione proposta sembra criticabile sotto diversi punti di vista (TOSCANO 2021, 61 SS.). Il più importante riguarda lo stesso inquadramento teorico-concettuale dello strumento della *reasonable accommodation*. Si tratta, infatti, di uno strumento concepito per evitare gli effetti pregiudizievoli e discriminatori che le norme di applicazione generale possono produrre nei confronti di determinati soggetti per ragioni legate, tra l'altro, all'età, alla condizione fisica, all'etnia e, non da ultima, alla religione, al fine di ristabilire una situazione di eguaglianza di fatto (MACLURE 2012, 351). Dunque, lo spazio d'intervento dell'accomodamento ragionevole è, tipicamente, quello del sindacato antidiscriminatorio. Tuttavia, la Corte preferisce usufruirne per risolvere un presunto conflitto tra diritti, ossia quello (della maggioranza) degli studenti a vedere rispettate le proprie scelte religiose, da una parte, e quello della libertà di coscienza e religione del docente, dall'altra.

L'enfasi posta sul ruolo della decisione maggioritaria degli studenti¹⁹, opposta al “potere di veto” del singolo, si rivela piuttosto problematica. Tale decisione, infatti, oltre ad essere «viziata [a] da incompetenza» (COLAIANNI 2021, 15) su una questione che coinvolge «interessi pubblicistici non disponibili» come il principio di laicità dello Stato (TOSCANO 2021, 61), non offre alcuna risposta al problema fondamentale di questa vicenda, cioè l'obiezione di coscienza comunque esercitabile dal docente (ed eventualmente dagli alunni in minoranza [COLAIANNI 2021, 15]). Pur escludendo la Corte l'esistenza di un obbligo generale di affissione del crocifisso, infatti, all'esito del dialogo tra studenti e docenti verrà comunque presa una decisione che dovrà essere, in un certo senso, ratificata dal dirigente scolastico. Tale decisione produrrà (com'è lecito aspettarsi) effetti obbligatori ed è in questo momento che sarà riattivato il potere dei “dissidenti” di sollevare l'obiezione di coscienza, cioè di rifiutare l'obbedienza alla regola (posta dal dirigente) per ragioni di coscienza²⁰. Queste ragioni sono, infatti, legate all'esercizio di un diritto fondamentale – la libertà di coscienza e religione –, ancorato indissolubilmente ad una componente contro-maggioritaria (FERRAJOLI 2013, 8; DWORKIN 2010, 282-283), attivabile non solamente contro le

¹⁷ Si potrà aggiungere allo schema il simbolo (+) per indicare il peso maggiore di questo argomento: +→3.1.8.

¹⁸ Si ricordi che il ricorso al margine di apprezzamento è la soluzione adottata in quello che può considerarsi il *leading case* in materia di esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche. Mi riferisco, ovviamente, alla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 18 marzo 2011, *Lautsi e altri c. Italia*.

¹⁹ Che solleva i medesimi problemi di una celebre decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Otto Pre-inger-Institute c. Austria*: in quel caso, tuttavia, ad essere enfatizzati erano i sentimenti religiosi della maggioranza dei tirolesi. Analizzo nel dettaglio questa pronuncia in BLANDO 2019, 262 SS.

²⁰ Riprendo questa definizione minimalista dell'obiezione di coscienza da TURCHI 1995.

norme generali adottate dalle maggioranze politiche (CHIASSONI 2007, 100), ma anche da quelle, più specifiche, prodotte dalle singole comunità²¹. A nulla vale ribadire – come fa la Corte – che il crocifisso è un simbolo passivo (3.1.10.) se poi si afferma, qualche riga dopo, che esso «è un atto di testimonianza, di professione della fede religiosa da parte dei componenti di quella comunità di vita in formazione che è una classe di scuola»: residuerà, comunque, al docente la facoltà di prendere le distanze da quella testimonianza, pretendendo che la si eserciti nei luoghi a ciò deputati.

Quindi, la soluzione della Corte alla prima questione si presenta così: non è ammissibile un *obbligo generale* di affissione del crocifisso perché esso contrasta con il principio di laicità dello Stato e con il diritto alla libertà religiosa; ciò non vuol dire che vi sia un *divieto generale*; tra l'obbligo e il divieto è preferibile la soluzione dell'*accomodamento ragionevole*, che viene comunque a concretizzarsi in un *obbligo specifico*, derivante da un provvedimento del dirigente scolastico assunto all'esito di una discussione tra le varie componenti della comunità scolastica; davanti a quest'obbligo specifico potrà essere sollevata un'*obiezione di coscienza*. Non avendo, nel caso di specie, il dirigente scolastico ricercato un ragionevole accomodamento con la posizione del docente (3.1.11.), la circolare deve considerarsi illegittima.

La *seconda linea argomentativa* è piuttosto breve; essa contiene, infatti, una sorta di argomentazione “per relationem”. Avendo sancito l'illegittimità della circolare del dirigente scolastico ne risulta “travolta” anche la conseguente sanzione disciplinare irrogata al docente: è il caso di c.d. “invalidità derivata” (3.2.1.)²².

Molto più complessa è la *terza linea argomentativa*, in cui la Corte affronta la questione degli eventuali profili discriminatori rinvenibili nell'ordine di servizio del dirigente scolastico.

Dopo aver ricordato la distinzione tra discriminazione diretta e indiretta – ad interessare qui è soprattutto la seconda, che si verifica «quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura [...] in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone» (art. 2, comma 1, lett. b, D.Lgs. n. 216 del 2003) –, i giudici intraprendono una strada piuttosto contorta per concludere che i provvedimenti del dirigente scolastico non hanno discriminato il docente per motivi legati alla libertà di insegnamento e a quella di coscienza e religione.

Anziché valorizzare l'argomento del (mancato) ragionevole accomodamento – particolarmente consono, come detto, al sindacato antidiscriminatorio –, i giudici sostengono che, essendosi il dirigente scolastico limitato a recepire la volontà espressa dagli studenti (meglio, dalla maggioranza di essi), non avrebbe connotato in senso religioso l'esercizio della funzione pubblica dell'insegnamento (3.3.1.). Quindi, per come si è svolta la vicenda, non sarebbe ravvisabile alcun intento discriminatorio nei confronti del docente. Ancora una volta, viene enfatizzato il ruolo degli studenti: poiché sono stati loro a decidere (sostanzialmente) l'affissione del crocifisso, è esclusa qualsiasi volontà del dirigente di modellare un luogo di lavoro in senso religiosamente orientato. Rimane, tuttavia, il problema dell'atto (formalmente) emanato dal dirigente: è esclusivamente su di esso che la Corte deve calibrare il proprio sindacato antidiscriminatorio, chiedendosi se una circolare attraverso cui si impone (di fatto) la presenza del crocifisso ponga il docente non cattolico in una situazione di particolare svantaggio. Verrebbe da pensare di sì: se, come sostenuto in precedenza dalla Corte l'obbligo di affissione del crocifisso si pone in contra-

²¹ Andrebbero qui riprese le critiche più comunemente rivolte al “multiculturalismo”. Ne offre una buona sintesi ARLETTAZ 2014, 53 SS.

²² Come ribadito di recente dal Consiglio di Stato (sez. III, 10 novembre 2020, n. 6922), «l'illegittimità ed il conseguente annullamento dell'atto presupposto determinano l'illegittimità di quello conseguente, venendo meno la situazione giuridica che costituisce la condizione unica e necessaria per la sua legittima esistenza (c.d. invalidità derivata); l'annullamento del provvedimento presupposto si ripercuote su quello presupponente, che è travolto e caducato».

sto con la libertà religiosa (3.1.5.), come può la presenza del simbolo non produrre effetti pregiudizievole sul docente non cattolico?

E invece la Corte fa un piccolo dietrofront: il crocifisso è sì un simbolo religioso ma è un simbolo religioso passivo e perciò la sua esposizione non implica la presenza di un nesso confessionale tra la scuola e la religione cattolica (3.3.2.)²³, argomento che contrasta palesemente con l'incompatibilità tra l'obbligo di esposizione del crocifisso e il principio di laicità dello Stato sostenuto in precedenza (3.1.4.): anche la circolare del dirigente infatti, è bene ribadirlo, produce effetti obbligatori cui deve conformarsi, in questo caso, il docente-lavoratore.

Inoltre, argomenta la Corte, la presenza del crocifisso non ha creato problemi ad altri studenti di religione musulmana e di provenienza orientale (3.3.3.) che possono usufruire di un sistema educativo, quello della scuola pubblica italiana, improntato al pluralismo (3.3.4.). Entrambi gli argomenti sono estremamente fragili. Non si comprende, in primo luogo, perché il fatto che il simbolo religioso non abbia causato problemi ad alcuni soggetti debba escludere la possibilità che possa causarli in altri e, nello specifico, al docente. Non è accettabile, in secondo luogo, la deviazione dal problema del crocifisso a quello dell'insegnamento pluralista. Si tratta di un chiaro esempio di argomento fallace per mancanza di pertinenza con la questione discussa (VEGA REÑON 2003, 196), molto simile, peraltro, a uno di quelli utilizzati dalla *Grand Chambre* nella sentenza *Lautsi II*²⁴.

Per escludere definitivamente la sussistenza di una discriminazione indiretta nei confronti del docente, i giudici sostengono che la sola percezione soggettiva del ricorrente o il mero fastidio non siano di per sé sufficienti a concretizzare la situazione di particolare svantaggio richiesta dal decreto legislativo (3.3.6./3.3.9.). Non si tratta, tuttavia, di un argomento dotato di autonomia giustificativa: come ricorda LICASTRO (2021, 57), infatti, il «particolare svantaggio» richiamato dalla norma «non riceve [...] alcuna specifica “tipizzazione” normativa» e potrebbe benissimo consistere in «qualsiasi pregiudizio comparativamente più gravoso che sia subito dal lavoratore rispetto a tutti gli altri», «determinato in questo caso «da motivi religiosi o ideologici». Non è necessaria, dunque, «una vera e propria violazione della libertà religiosa o di coscienza» – ciò che invece la Corte si impegna ad escludere, richiamando anche l'intatta libertà di critica del docente, pur di non riconoscere la matrice discriminatoria della circolare (3.3.8.) –, ma è sufficiente che il docente abbia subito uno svantaggio (di qualsiasi tipo) nell'esercizio di quest'ultima rispetto agli altri. Svantaggio che, nel caso di specie, sembra sussistere sia rispetto alla maggioranza degli studenti sia rispetto agli altri docenti che «non riscontr[ano] un disturbo nel fare lezione “all'ombra” del crocifisso» (TOSCANO 2021, 63).

Non persuade, infine, nemmeno l'invocazione fatta dalla Corte del rispetto della libertà di coscienza degli alunni come finalità legittima perseguita dal provvedimento del dirigente scolastico (3.3.11), argomento che comporta una vera e propria inversione dei termini del problema. Secondo i giudici, infatti, il docente – in minoranza –, avrebbe dovuto tollerare una decisione assunta a maggioranza per non ledere la libertà di coscienza di quegli stessi studenti che, opponendosi ad un momentaneo (in quanto limitato alle sole ore di lezione di quel docente) spostamento del crocifisso, hanno dimostrato un'attitudine poco tollerante nei suoi confronti. Che fine ha fatto il tanto invocato accomodamento ragionevole?

²³ Associato ad un argomento *a fortiori* poco convincente: se la natura di simbolo passivo del crocifisso esclude che possa risulterne influenzato l'alunno, ciò vale a maggior ragione per il docente, ossia una persona matura e dotata di spirito critico (3.3.7.). Potrebbe sostenersi, infatti, che proprio la maturità e lo spirito critico raggiunti dal docente gli permettano di avvertire maggiormente, rispetto a studenti in via di formazione, la pregnanza e il valore del crocifisso.

²⁴ Corte Europea dei diritti dell'uomo, 18 marzo 2011, § 39, dove la Corte, per giustificare la presenza del crocifisso nelle aule scolastiche, sostiene che gli alunni italiani «beneficiano [...] di un insegnamento che permette lo sviluppo di un senso critico nei confronti della questione religiosa, in un'atmosfera serena e preservata da ogni forma di proselitismo». Una critica simile può essere mossa all'argomento 3.3.5., secondo cui lo svolgimento della funzione di insegnamento è contrassegnato dal contesto di comunità e dalla esistenza di una relazione dialogante. Tale argomento è invece molto valorizzato da PRISCO 2021.

Riferimenti bibliografici

- ALEXYS R. 1998. *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè (ed. or. *Theorie der juristischen Argumentation*, Suhrkamp, 1978, ed. it. a cura di M. La Torre).
- ALICINO F. 2022. *L'accomodamento ragionevole e l'equità della laicità italiana. L'esposizione del crocifisso alla luce dell'insegnamento che proviene dalla comparazione*, in «Diritto pubblico comparato ed europeo», 1, 2022, 53 ss.
- ANDERSON T., TWINING W., 1991. *Analysis of Evidence. How to Do Things with Facts Based on Wigmore's Science of Judicial Proof*, Northwestern University Press.
- ARLETTAZ F. 2014. *Religión, libertades y Estado. Un estudio a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Icaria.
- ATIENZA M. 1990. *Para una teoría de la argumentación jurídica*, in «DOXA», 8, 1990, 39 ss.
- ATIENZA M. 1991. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, CEC.
- ATIENZA M. 2013. *Curso de argumentación jurídica*, Editorial Trotta.
- ATIENZA M. 2019. *Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione*, Editoriale Scientifica (ed. or. *El derecho como argumentación*, Ariel, 2012, ed. it. a cura di A. Abignente, trad. it. di V. Nitrato Izzo).
- ATIENZA M., RUIZ MANERO J., 1996. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel.
- BLANDO G. 2019. *Secolarizzazione e laicità. Pratiche argomentative della CEDU*, Editoriale Scientifica.
- CANALE D. 2016. *L'argomento comparatistico. Un contributo allo studio del ragionamento giuridico*, in «Ars Interpretandi», 1, 2016, 47 ss.
- CANALE D., TUZET G. 2014. *Sulla distinzione tra analogia e interpretazione estensiva nel ragionamento giuridico*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1, 2014, 149 ss.
- CHIASSONI P. 2007. *Lo Stato laico secondo madre chiesa. Libertà religiosa e di coscienza in una società liberal-democratica*, in «Ragion Pratica», 1, 2007, 77 ss.
- COLAIANNI N. 2021. *Il crocifisso di nuovo in Cassazione. Note da amicus curiae*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», 12, 2021, 1 ss.
- DWORKIN R. 2010. *I diritti presi sul serio*, il Mulino (ed. or. *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978, ed. it. di N. Muffato).
- FERRAJOLI L. 2013. *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Laterza.
- GUASTINI R. 2011. *Interpretare e argomentare*, Giuffrè.
- HAMBLIN C.L. 1958. *Questions*, in «Australasian Journal of Philosophy», 3, 1958, 159 ss.
- LICASTRO A. 2021. *Il crocifisso e i diritti del lavoratore nell'ambiente scolastico (aspettando le Sezioni Unite della Cassazione)*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», 7, 2021, 35 ss.
- MACCORMICK N. 2001. *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Giappichelli (ed. or. *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978, ed. it. a cura di V. Villa, trad. it. di A. Schiavello).
- MACLURE J. 2012. *L'accomodamento ragionevole e la concezione soggettiva della libertà di coscienza*, in «Iride», 2, 2012, 349 ss.
- MARRAUD H. 2007, *Methodus Argumentandi*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Madrid.

- MORELLI A. 2006. *Un ossimoro costituzionale: il crocifisso come simbolo di laicità*, in «Forum Costituzionale», 2006, 1 ss.
- PERELMAN C. 2005. *Il problema della buona scelta*, in ID., *Teoria e pratica dell'argomentazione. Antologia degli scritti*, a cura di G. Furnari Luvarà, Rubbettino (ed. or. *Le problème du bon choix*, in «Revue de l'Institut de Sociologie», 3, 1948, 383 ss.).
- PERELMAN C., OLBRECHTS-TYTECA L. 2013. *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Einaudi (ed. or. *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Presses Universitaires de France, 1958, trad. it. di C. Schick, M. Mayer, E. Barassi).
- PINO G. 2021. *L'interpretazione nel diritto*, Giappichelli.
- PRAKKEN H., SARTOR G. 2002. *The Role of Logic in Computational Models of Legal Argument: A Critical Survey*, in KAKAS A.C., SADRI F. (eds.), *Computational Logic: Logic Programming and Beyond. Essays in Honour of Robert A. Kowalski*, Part I, Springer, 342 ss.
- PRISCO S. 2021. *La laicità come apertura al dialogo critico nel rispetto delle identità culturali (riflessioni a partire da Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, n. 24414 del 2021)*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», 21, 2021, 53 ss.
- RAZ J. 1994. *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Clarendon Press.
- TARUFFO M. 2002. *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, il Mulino.
- TOSCANO M. 2020. *Crocifisso nelle aule scolastiche: una fattispecie inedita al vaglio delle Sezioni Unite*, in «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 3, 2020, 887 ss.
- TOSCANO M. 2021. *Il crocifisso "accomodato". Considerazioni a prima lettura di Corte cass., Sezioni Unite civili, n. 24414 del 2021*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», 18, 2021, 45 ss.
- TOULMIN S.E., RIEKE E.T., JANIK A. 1978. *An Introduction to Reasoning*, MacMillan.
- TOULMIN S.E. 1958. *The Uses of Argument*, Cambridge University Press.
- TURCHI V. 1995. *Obiezione di coscienza*, in SACCO R. (ed.), *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile*, UTET, 543 ss.
- VEGA REÑON L. 2003. *Si de argumentar se trata*, Montesinos.
- VON SAVIGNY E. 1976. *Argumentation in der Literaturwissenschaft*, Beck.
- VON WRIGHT G.H. 1989. *Norma e azione. Un'analisi logica*, il Mulino (ed. or. *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Routledge, 1963, trad. it. di A. Emiliani).
- WIGMORE J.H. 1937. *The Science of Judicial Proof*, Little Brown.

indice

STUDI

PAOLO BODINI

La *workable democracy* nel pensiero del giudice Breyer 7-24

SOFIA CIUFFOLETTI

La costruzione dei diritti nel solco dell'effettività.

La residenza come diritto sociale nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani 25-40

GIUSEPPE CRICENTI

Ipotizzare mondi alternativi. Controfattuale e causalità nel diritto..... 41-59

VÍCTOR GARCÍA YZAGUIRRE

Excepciones en las normas jurídicas. Una propuesta de análisis conceptual 61-84

DARIO IPPOLITO

Cosa punire? Scopi e limiti delle proibizioni penali nella filosofia di Beccaria 85-109

CHIARA MAGNESCHI

(In)giustizia animale: il caso delle specie selvatiche III-133

GIORGIO MANIACI

Argomenti pro e contro la legalizzazione della gestazione per altri..... 135-166

MARCO MAZZAMUTO

Il diritto amministrativo: un perfetto sconosciuto?..... 167-178

SILVIA ZORZETTO

I precedenti giurisprudenziali nell'argomentazione giudiziaria 179-206

DISCUSSIONI

CARLO VITTORIO GIABARDO

Filosofia del diritto e teoria del processo in Gustav Radbruch.

A proposito di Gustav Radbruch, *Filosofia del diritto*, a cura di G. Carlizzi & V. Omaggio..... 209-219

GIORGIO PINO

Teoria dell'interpretazione, ragionamento giuridico, scetticismo interpretativo.

A margine de *Il ragionamento giuridico* di Giuseppe Terranova 221-234

RECENSIONI

ANTONINO AZZARÀ

Tempi e luoghi della pena. Carcere e dintorni

(a proposito di Stefano Anastasia, *Le pene e il carcere*)..... 237-242

RATIO DECIDENDI

a cura di Gaetano Carlizzi e Giorgio Pino

MANUEL ATIENZA, GIOVANNI BLANDO

Analisi e valutazione dell'argomentazione giudiziale. Un modello e la sua applicazione alla sentenza

Sez. Un. civ., 09/09/2021, n. 24414, in materia di esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche 245-281

[ALLEGATI]

Corte di Cassazione, Sez. Un. civ., sentenza 24414/2021

Realizzato da rospeinfrantumi
per conto di Diritto & Questioni pubbliche (PA)
nel dicembre 2022